

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
GARANTIES JURIDICTIONNELLES
DU
DROIT PUBLIC MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 17 Juin 1914, à 3 heures

PAR

MIÉCISLAS BAUMGART

Président : M. JÈZE, professeur

Suffragants { *MM. JACQUELIN, professeur*
JOSEPH BARTHÉLEMY, professeur-agrégé

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

ANNE MON LAROSE & FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

1914

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES

GARANTIES JURIDICTIONNELLES

DU

DROIT PUBLIC MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 17 Juin 1914, à 3 heures

PAR

MIÉCISLAS BAUMGART



Président : M. JÈZE, professeur

Suffragants { *MM. JACQUELIN, professeur*
JOSEPH BARTHÉLEMY, professeur-agrégé

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

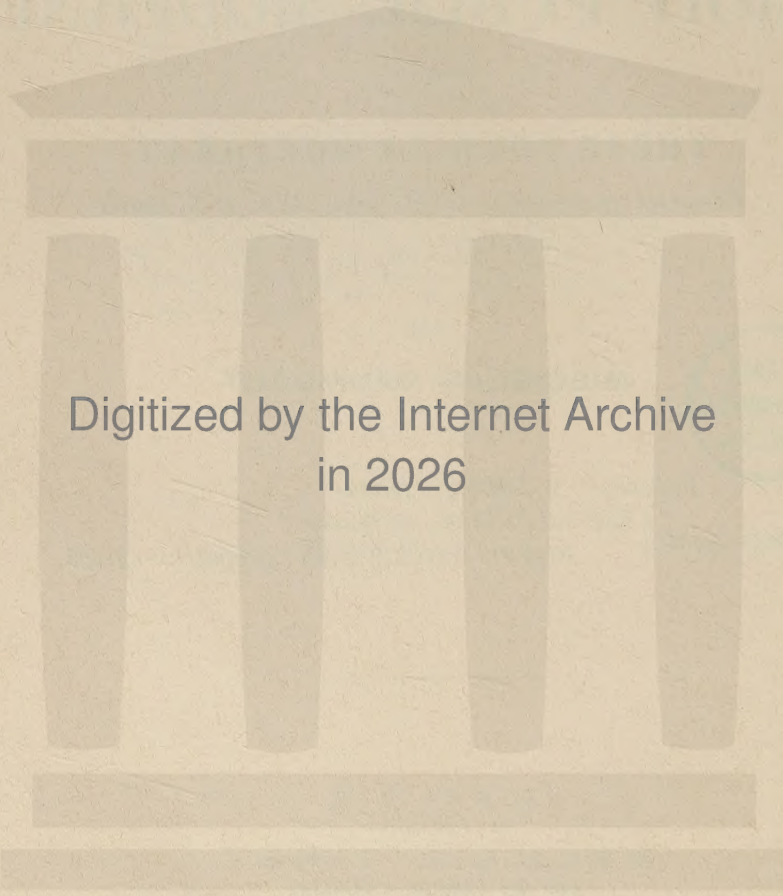
RECUEIL SIREY

ANDE MON LAROSE & FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Au xviii^e siècle et pendant une grande partie du xix^e, il y a eu un antagonisme grave entre le droit privé et le droit public. Il n'a pas été limité à la nature différente de rapports et de situations juridiques, dans les deux branches du droit ; il s'est affirmé aussi dans les garanties organisées pour assurer le respect de l'une et de l'autre. Les règles du droit privé ont été pourvues d'une garantie — l'action en justice — tandis que celles du droit public n'ont pas eu d'autre protection que la conscience collective de la nation et l'équilibre réalisé par le mécanisme des institutions politiques. Mais cet état de choses, qui a laissé jusqu'à nos jours des traces profondes, appartient certainement au passé. Des garanties juridictionnelles existent déjà pour un groupe très important de règles du droit public et elles sont en voie d'extension continue. Le changement n'est pourtant pas si radical qu'on pourrait l'induire de formules tranchantes. L'opposition, qu'on a constatée antérieurement entre le droit privé et le droit public,

a été exagérée par le fait qu'on a fixé les yeux, en parlant du droit public, sur la partie de ce droit marquée particulièrement par l'idée de puissance publique et la plus réfractaire à toute garantie juridictionnelle. Si on compare le régime de droit, plus ou moins parfaitement réalisé dans les différents Etats contemporains, avec le régime absolutiste, son prédécesseur immédiat, — on trouve qu'il y a eu, dans les monarchies absolues d'Allemagne, pour une partie de ce qui est pour nous aujourd'hui du droit public — une garantie juridictionnelle organisée, et même commune avec toutes les matières du droit privé. C'était le cas de tous les rapports des individus avec l'Etat ayant un caractère patrimonial, où l'Etat, par conséquent, était envisagé comme fisc (1). La France n'a pas connu, sous l'Ancien Régime, cette dérogation : tout ce qui touchait, de près ou de loin, aux droits du roi échappait à la juridiction des tribunaux et rentrait dans la compétence des intendants et du Conseil du Roi (2). Mais quand, après la période de la Révolution, l'organisation administrative de l'Empire et de la Restauration a fait apparaître en France une phase nouvelle des anciennes institutions monarchiques, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées

(1) Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, éd. fran., 1903, t. I, p. 43-63 et Friedrich Tezner, *Deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, dans le *Verwaltungsarchiv*, t. VIII, 1899-1900, p. 228-245.

(2) Rod. Dareste, *Juridiction administrative en France*, 2^e éd., 1898, p. 53-142 et Ed. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., 1896, t. I, p. 148-179.

de trouver dans l'activité de l'Etat un côté se rapprochant du droit privé, qui pourrait ainsi être soumis assez facilement au contrôle juridictionnel.

La notion de la gestion de l'Etat, opposée à sa puissance publique, a été la formule juridique nouvelle par laquelle s'est exprimé le besoin d'une véritable sanction juridictionnelle pour le droit public (1). On aperçoit ainsi que, sous le régime absolutiste lui-même ou dans la phase de transition entre lui et le régime de droit, les rapports de nature patrimoniale, où l'opposition entre le droit de l'Etat et le droit de l'individu a été facilement saisissable, ont été englobés dans le domaine de la protection juridictionnelle. Ce qui reste en dehors de ce domaine, — ce sont les règles de l'organisation politique et les rapports de l'Etat avec l'individu ne comportant pas cette ressemblance aux situations de droit privé.

Dans cette sphère, les garanties juridictionnelles n'étaient pas concevables ni pour l'esprit des juristes, imbus des idées civilistes selon lesquelles l'existence d'un droit subjectif était une condition nécessaire de toute action en justice, ni pour l'opinion publique, malgré sa préoccupation d'assurer l'observation des règles constitutionnelles et administratives. Celle-ci s'est attachée au système des garanties que le régime représentatif impliquait lui-même : séparation de pouvoirs, avec action vigoureuse du législatif, représentant direct de la volonté nationale, qui, par

(1) Léon Duguit, *Transformations du droit public*, 1913, p. 151-3.

voie d'interpellation et de mise en œuvre de la responsabilité ministérielle, obtient le redressement des illégalités de l'Administration. Ce système a été conforme à la grande préoccupation de la période de naissance du régime représentatif dans tous les Etats du continent européen : supprimer l'arbitraire monarchique et les abus qu'il a engendrés. Le résultat de la transformation du système politique n'a pas été pourtant cette disparition complète de l'arbitraire des agents publics qu'on s'imagina être déjà réalisée. Des forces nouvelles sont apparues contre lesquelles il a fallu se prémunir ; des préoccupations d'ordre politique dans l'administration, la lutte des classes sociales, des différents groupes nationaux et religieux — tout cela a faussé le fonctionnement régulier du nouveau mécanisme de l'Etat. Les institutions représentatives ont cessé de paraître cette panacée à tous les maux de l'organisation politique qu'elles ont été dans la période de leur création. Si on ajoute à cela une nouvelle conception de l'Administration, envisagée dans un nombre toujours croissant de fonctions et sans cette attitude hautaine à l'égard de citoyens qui lui était jadis inhérente, on voit que les conditions politiques sont devenues mûres pour l'extension des garanties juridictionnelles à toute la sphère du droit public. Cette possibilité s'est réalisée en grande partie depuis la seconde moitié du xix^e siècle ; une juridiction spéciale pour les matières de droit public est née et, soit par voie des textes nouveaux, soit par voie d'une évolution jurisprudentielle, son domaine s'est accru au

détriment de l'action incontrôlée des agents administratifs.

L'aspect du changement ainsi réalisé n'est pas le même dans les différents pays où le mouvement dans ce sens s'est produit. Le résultat est très frappant en France, parce qu'un contentieux spécial de la légalité des actes administratifs s'y est développé, pour des raisons historiques et politiques spéciales. Or, dans un grand nombre de situations de droit public, qui sont le plus éloignées des rapports de droit privé, par exemple, dans toutes les situations soumises au pouvoir de police, on conçoit difficilement l'existence d'un droit subjectif à protéger, c'est donc le contrôle juridictionnel de l'acte administratif lui-même, pénétré de l'idée du respect dû au droit objectif, qui permet de pousser le plus loin la garantie contre l'arbitraire des agents publics (1). Cette deuxième sphère d'application des garanties juridictionnelles, où les relations des administrés avec l'Etat sont dépourvues du caractère purement patrimonial, se distingue donc de la première non seulement par ce fait d'apparition tardive du contrôle juridictionnel, parce que cette différence d'évolution historique doit avoir elle-même sa raison profonde, *mais surtout par le caractère même des situations de droit pu-*

(1) Sur l'étendue du contentieux administratif dans les différents Etats d'Allemagne — O. Mayer, *op. cit.*, t. I, § 14, p. 229 et suiv., et Otto Mueller, *Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preussischen Recht*, 1895, p. 45 à 63.

blic qui se trouvent sur ce terrain, — elles portent nettement *le caractère de droit objectif*. C'est cette sphère du droit objectif, marquée fortement par l'originalité du droit public, qui fera l'objet de cette étude. Seulement, cette catégorie des situations du droit public comprend aussi certaines parties qui sont arrivées à un perfectionnement considérable des garanties, — tel est le droit pénal, l'organisation et la procédure juridictionnelles. Ces deux branches du droit contiennent exclusivement des règles de droit objectif, mais l'action publique criminelle et le recours en cassation, qui leur servent respectivement de garantie juridictionnelle, étant d'une formation déjà ancienne, ont été étudiés avec toute l'ampleur nécessaire. Malgré leur parenté très réelle avec les garanties juridictionnelles du droit administratif et constitutionnel, ces institutions devront être laissées de côté dans ce travail.

CHAPITRE PREMIER

DOCTRINES SUR LE FONDEMENT DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE

I

L'existence des garanties juridictionnelles dans le droit public est actuellement un fait qu'il ne suffit pas de constater et de décrire ; il s'agit encore de l'expliquer au point de vue juridique, il faut découvrir le lien qui rattache cette institution juridique à la construction générale du droit public. Ici deux théories se dressent devant le juriste. On affirme d'un côté que c'est la nécessité de protéger les droits individuels menacés par l'arbitraire de l'Administration qui anime l'ensemble de la juridiction administrative, et particulièrement le recours pour excès de pouvoir, et qui lui sert de justification doctrinale, tandis que pour les autres c'est uniquement l'ordre juridique des institutions politiques, le droit objectif, qui se trouve ici en cause. M. J. Barthélemy d'un côté (1), M. Léon

(1) *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés en droit administratif français*, thèse de Toulouse, 1899, *passim*.

Duguit (1) de l'autre ont exposé en France avec une grande netteté ces deux thèses contradictoires. Il me paraît incontestable qu'il y a derrière cet antagonisme complet de deux doctrines un de ces problèmes qui dépassent de beaucoup le domaine juridique, et où les hommes sont, plus ou moins consciemment, influencés par les données de métaphysique sociale, par leurs croyances particulières à ce qui est l'élément fondamental de toute la vie historique de l'homme, l'individu ou bien la société. Quoi qu'il en soit, il y a ici non seulement un choc entre deux conceptions de la vie sociale, mais aussi une question importante pour la doctrine juridique, et il faut que chacun prenne en cette matière la position qui lui paraît la plus justifiée.

Envisageons d'abord la doctrine [des droits subjectifs, telle qu'elle est exposée et appliquée au droit administratif français par M. Barthélemy (2). Cet auteur part d'un postulat très simple : partout où on trouve une action en justice qui doit triompher devant le juge n'ayant qu'à constater l'existence d'une situation juridique protégée par le Droit, il y a aussi un droit subjectif de l'individu qui met cette action en mouvement (3).

(1) *Etudes de droit public*, II, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 532-550 et tous les ouvrages postérieurs du même auteur.

(2) La définition à la p. 21 et 22, et tout le paragraphe « Droits subjectifs », p. 19 et suiv.

(3) Cette qualification spéciale de l'action en justice est donnée pour éliminer les recours sur lesquels le juge est libre de

Or, le recours pour excès de pouvoir, qui intéresse spécialement l'auteur comme phénomène-type du contentieux de l'annulation, est une action en justice de cette nature, — donc c'est un ensemble de droits subjectifs de l'administré : droit à la compétence administrative, à l'observation des formes, des règles du fond, droit au but administratif — qui est à la base de ce recours (1).

statuer, comme il le croit le plus convenable, et de substituer, sa décision à la décision administrative attaquée (établissements dangereux, concessions d'eau aux colonies, etc.). *Op. cit.*, p. 24.

(1) Cette conception, extrêmement large et vague, du droit subjectif, rentre aussi dans les idées plus complexes de M. Maurice Hauriou. « Le droit » écrit-il, « est une faculté irrévocable qui se réalise comme un pouvoir propre du sujet humain ». L'auteur assimile toutes les facultés individuelles de droit public aux droits réels, entre autres le « droit à l'assistance publique », le « droit au bénéfice des services publics », celui d'être soldat ou juré. *Principes du droit public*, p. 559 et note dans le Sirey, 1907, III, 34 (§ 3). Il est vrai que le même auteur a insisté, dans une autre étude, sur le caractère objectif que présente le contentieux des conflits d'attributions, celui de l'interprétation, des élections, de la ligne du compte, et surtout celui de l'excès de pouvoir (Eléments du contentieux, dans le *Recueil de législation de Toulouse*, 2^e série, t. I, 1905, p. 31-3 et note 1 à la p. 33), mais il revient à la première opinion indiquée par le raisonnement suivant : « A envisager la jurisprudence du recours pour excès de pouvoir d'une façon historique et évolutive, on peut bien remarquer qu'elle finit par transformer certains intérêts légitimes en droits. De ce qu'au bout d'un certain temps d'un simple intérêt une jurisprudence réussit à dégager un droit, cela ne veut pas dire qu'un droit y préexistât de toute éternité; cela signifie peut-être plutôt que la jurisprudence est prétorienne et aussi que les droits s'élaborent peu à peu ». *Eléments*, p. 38, note 4.

Le raisonnement est certainement rigoureux, si on admet toutefois le point de départ. En ce qui me concerne, je suis décidément réfractaire à l'adoption de la proposition initiale. L'idée de la correspondance exacte entre l'action en justice et un droit subjectif sous-jacent exige pour moi une preuve que M. Barthélemy n'a pu fournir. On peut trouver l'explication de sa solution dans le fait qu'on est incliné en ce sens par l'étude du droit privé, où le droit subjectif était la condition nécessaire de toute action en justice reconnue. Mais même dans cette branche du droit la conception traditionnelle recule devant les faits nouveaux ; pour saisir cette tendance dans la jurisprudence il suffit de jeter un coup d'œil sur l'aptitude légale des syndicats professionnels auxquels on accorde de plus en plus la faculté d'ester en justice pour la défense des intérêts généraux de l'industrie syndiquée (par exemple pour réprimer les fraudes nuisibles au renom de la profession). Il y a dans le recours pour excès de pouvoir une large sphère du droit public, où l'action en justice est apparue récemment, et pour expliquer ce fait on a eu recours à la supposition (qui vient facilement à l'esprit) qu'il doit y avoir des conditions analogues aux autres cas, où il y avait déjà des actions en justice, c'est-à-dire un droit subjectif du titulaire de cette action. On a essayé de dire, pour rester dans le domaine des garanties accordées à l'individu que, dans le recours pour excès de pouvoir, ce sont les intérêts des particuliers qui sont pris en considération grâce à la concession bienveillante de l'Etat. Cette idée a

été rattachée à une préoccupation pratique : le recours pour excès de pouvoir peut être avantageux au gouvernement sous certains régimes politiques ; comme l'a dit M. Léon Aucoc, ce recours fonctionne alors comme une soupape de sûreté (1). Mais cette opinion n'est guère soutenable au point de vue juridique : l'intérêt individuel — notion interprétée, d'ailleurs, d'une façon très large par la jurisprudence vraiment créatrice du Conseil d'Etat — n'est qu'une condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, il reste étranger à sa réussite.

C'est la violation du droit, dans ses règles de forme ou de fond, qui est seule le moyen d'annulation. La même question de la légalité objective se pose incidemment dans le contentieux d'interprétation et d'appréciation de validité, — principalement dans celui des listes et des opérations électorales : elle est ainsi fondamentale dans les procès de droit public. Il est vrai, d'ailleurs, que le développement historique du recours pour excès de pouvoir s'est accompli sous une forte influence des idées de protection d'un droit subjectif et de protection d'un intérêt quelconque de l'individu qui n'est pas incompatible avec la réalisation des fins de l'Etat. La terminologie actuelle du Conseil d'Etat en est la preuve : ses arrêts parlent à tout propos des « droits du requérant ». Il est tout naturel que ces idées courantes aient donné au Conseil d'Etat plus de hardiesse pour s'engager dans une voie novatrice, mais il

(1) Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat, extrait du *Compte-rendu de l'Académie des sciences morales*, p. 35-6.

faut bien remarquer que, l'évolution une fois accomplie, les moyens qui l'ont facilitée deviennent inutiles, parce que l'institution puise en elle-même la force nécessaire à son existence et peut même perdre tout lien intérieur avec les premiers stades de son développement (1).

La conception exacte du recours pour excès de pouvoir a été développée par M. Léon Duguit qui l'utilisa comme institution centrale de tout le contentieux objectif, correspondant à la notion du droit objectif, dont il démontre l'importance dans toutes les branches du droit (2). Le mérite de ce grand théoricien a été d'avoir démontré avec quel élan considérable les notions du droit objectif, de fonction sociale et du but auquel on doit se conformer dans les actes juridiques, pénètrent tout le droit public en France. Seulement M. Duguit a dépassé la réalité des faits dans son désir de faire triompher la conception sociale du Droit; il a souvent négligé le droit subjectif qui garde encore une importance considérable (3). M. Duguit en-

(1) Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2^e éd., 1905, p. 41-5, éd., fran., 1911, p. 66-74.

(2) *Transformations du droit public*, 1913, chap. vi. « Le contentieux administratif », et particulièrement p. 187 à 197. Cet ouvrage de vulgarisation résume sur ce point les idées que l'auteur a présentées antérieurement d'une façon approfondie dans *l'Etat, les gouvernants et les agents* (passage cité) et dans un article important sur « *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », publié dans la *Revue du droit public*, t. XXVII, 1906, p. 458-471.

(3) M. Hauriou se rapproche beaucoup plus de la réalité dans la comparaison qu'il fait de l'importance de ces deux sphères du droit. *Principes*, p. 32-39; p. 64-69 et p. 541-2.

globe toutes les situations juridiques de l'individu dans le cadre de deux notions : du pouvoir objectif et de la situation juridique subjective. En ce qui concerne le pouvoir objectif, c'est, dans sa conception, une puissance de volonté, reconnue par le droit objectif et exercée conformément au but qu'a eu en vue celui-ci, sans qu'une décision concrète ait imposé à une autre volonté une prestation déterminée (1). Dans toute l'analyse de cette notion fondamentale, l'auteur ne se préoccupe que de la puissance de volonté, il néglige le fond de la situation envisagée — l'intérêt (de l'individu qui agit, d'un autre individu ou d'une collectivité) qui peut ainsi être réalisé. La puissance de volonté est au service de l'un de ces intérêts, elle met à son profit le mécanisme juridique en mouvement, ce mécanisme ne pouvant pas fonctionner d'une façon automatique. C'est une lacune d'autant plus grave chez M. Duguit que l'auteur s'est proclamé toujours le champion de la réalité des faits contre les croyances ossifiées des juristes pour aboutir ensuite à une conception formaliste du droit qui ne peut évidemment serrer de près cette réalité vivante.

II

La même controverse entre la théorie des droits subjectifs et celle du droit objectif se retrouve chez les théo-

(1) *Traité de droit constitutionnel*, 1911, t. I, p. 1 à 7 et p. 11-22.

riciens du droit public en Autriche et en Allemagne, et, malgré la divergence profonde entre l'esprit des législations de ces pays et celui de la législation française, les traits communs de la structure juridique sont assez nombreux pour qu'il y ait intérêt à rapprocher les théories juridiques de pays différents entre elles. Je choisirai encore quelques représentants éminents de tendances divergentes. Le professeur Friedrich Tezner (de Vienne) est un défenseur énergique de la doctrine des droits subjectifs (1). Comme argument principal de sa thèse il met en avant le raisonnement suivant : « Die öffentliche subjektive Rechte bilden das praktische Ergebniss der naturrechtlichen Lehre von der dem Menschen seiner Natur nach gebührenden, von ihm im Natur —, d. i. im vortaatlichen Zustande tatsächlich geübten, bei der Gründung des Staates zurückbehaltenen, idealen und wirtschaftlichen Freiheit » (p. 496). La théorie des droits naturels de l'individu, qui auraient préexisté à toute organisation politique, est insoutenable non seulement au point de vue de son exactitude historique, mais surtout parce que la conception des rapports de l'individu avec la société, dont elle procède, est radicalement fausse. Le droit de l'individu dans la vie sociale n'est guère défendable que s'il procède de l'idée d'une certaine œuvre que cet individu accomplit, d'un apport propre dont il accroît l'ensemble des valeurs sociales de son temps. Il est vaincu d'avance

(1) *Deutsche Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, dans le *Verwaltungsarchiv*, t. VIII (1899-1900), p. 487-507.

s'il se fonde uniquement sur l'existence de l'individu doué d'une conscience morale (1).

Un autre argument de M. Tezner c'est que la théorie contraire à la sienne, celle du droit objectif ou des statuts légaux, n'arrive pas à exprimer toute la richesse de l'action libre de l'individu, tout son caractère indéterminable et irresponsable (2). On doit répondre à cette observation qu'il n'est pas possible d'exiger d'une science abstraite la même richesse, la même contradiction des éléments divers qui se rencontre dans la vie sociale (si on s'attachait à un désir pareil, il faudrait effacer les frontières entre les différentes notions examinées, et renoncer par là à toute la méthode juridique), et qu'il est d'ailleurs juste que les doctrines juridiques qui envisagent l'individu comme membre d'une collectivité de droit réduisent quelque peu cette conscience intérieure, nécessairement exagérée, que chacun a de l'originalité et de l'importance de son action. C'est enfin l'idée de l'esprit politique du peuple allemand, profondément individualiste dans ses conceptions de la vie sociale, que l'auteur invoque pour défendre sa théorie (3).

Il est difficile, quand on n'est pas Allemand, de vérifier une affirmation de cette nature, mais elle perd pour moi sa valeur probante par ce fait qu'une grande partie de la doctrine allemande est en sens contraire (l'auteur cite

(1) M. Hauriou, *Op. cit.*, p. 195-199 et p. 545-550.

(2) Série d'articles cités, p. 505.

(3) *Op. cit.*, p. 512, 514, 515.

lui-même Gerber, Gneist, Jellinek comme rentrant dans cette catégorie), soit qu'elle préfère à cette théorie les différentes variétés de la théorie du droit objectif, soit — ce qui est déjà surprenant pour un peuple d'individualistes farouches — qu'elle se refuse de reconnaître la possibilité d'une limitation quelconque de la souveraineté de l'Etat par des règles qu'il serait tenu de respecter. Il y a surtout une grande erreur dans la revendication par Tezner de tous les effets heureux de la jurisprudence administrative sur les limites à observer par les agents publics dans l'exercice de leur compétence au profit de la théorie des droits subjectifs, comme seul fondement d'une juridiction administrative.

Si on consentait même à admettre que cette théorie est celle du droit positif autrichien, il est certain qu'elle ne peut pas se prévaloir des résultats de la jurisprudence administrative française ou prussienne. Or, pour la jurisprudence prussienne, que Tezner a étudiée à fond, il est forcé de reconnaître que, d'un côté, à la suite de la législation elle-même, elle a appliqué un mélange des idées françaises (dans lesquelles on protège les limites des pouvoirs des agents plutôt que les droits des administrés), et de ce qu'il considère comme des idées traditionnelles allemandes (garantie juridictionnelle fondée sur le droit subjectif de l'administré), tandis que, de l'autre, cette même jurisprudence prussienne est arrivée aux résultats plus favorables encore au contrôle approfondi de l'observation du Droit dans l'administration (particulièrement en

matière de police) que le Verwaltungsgerichtshof autrichien (1).

Une tentative intéressante de dégager la notion du droit subjectif dans la droit public (pour l'utiliser ensuite comme fondement de la juridiction administrative) à l'aide d'un critérium facilement saisissable, a été faite par Otto Mayer (*Droit administratif allemand*, éd. fran., t. I, p. 132 et suiv.). Il définit le droit subjectif public comme un intérêt de l'individu garanti juridiquement par la reconnaissance d'un pouvoir « déterminé quant au sujet auquel il appartient et quant à son objet » (p. 133) et portant sur « l'exercice de la puissance publique » (p. 140). Les effets d'un droit subjectif ainsi compris lui paraissent être de la même nature que les effets d'une faculté correspondante en droit privé. Les deux effets fondamentaux sont : impossibilité pour les autorités publiques de changer cette situation autrement que par un acte législatif (2), disponibilité de la faculté de cette nature par la double voie de la renonciation et du transfert (3). La dé-

(1) Fr. Tezner, *Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, 1888, p. 70-76.

(2) « Dans la sphère du droit administratif... la protection due au droit individuel se manifeste surtout par l'obligation du pouvoir exécutif de laisser ce droit intact ». *Op. cit.*, p. 147.

(3) « Il est de la nature du droit individuel que celui auquel il appartient puisse en disposer. Cela ne veut pas dire seulement qu'il est libre d'en jouir, de s'en servir ou de ne pas le faire. La disposition, dont nous parlons, ne concerne pas l'exercice du droit, mais la substance même du droit », *Op. cit.*, p. 148-9.

limitation ainsi opérée serait assez précise, mais elle ne cadre pas avec la réalité. Rejetons d'abord le critérium de l'immutabilité des situations juridiques des individus pour les autorités publiques. Il ne peut pas nous être utile ici, parce que toutes les facultés reconnues d'une façon générale comme des prérogatives juridiques sont, sauf texte contraire, intangibles pour l'Administration : tel est notamment le cas de « droits fondamentaux des individus, » du « droit » à payer seulement cette somme d'impôt que la cote, notifiée au contribuable, a fixée, etc., — hypothèses dans lesquelles Mayer rejette, avec une grande vigueur de raisonnement, l'existence d'un droit subjectif public. Reste l'autre critérium — la disponibilité de la faculté juridique au gré de son titulaire. Ici la doctrine perd tout son contact avec le droit positif : s'il s'agit d'un juge ou de tout autre fonctionnaire inamovible, d'une localité ou d'un établissement public autonome, d'un électeur (exemples de ce que Mayer appelle « les droits de possession » par analogie avec les droits réels) — ni la renonciation, ni le transfert des attributions juridiques dont on est investi n'existe pas. Il en est de même pour certains de ses « droits d'obligation » : faculté d'obtenir une permission indispensable pour exercer une industrie, un permis de chasse, etc., — ce que l'auteur est forcé d'avouer lui-même. Parmi tous les exemples nombreux de droits subjectifs publics que Mayer cite il n'y a que le droit à la décision du juge, d'un côté, les traitements des fonctionnaires publics et les indemnités

d'expropriation, de l'autre, qui réunissent les conditions que l'auteur a établies lui-même pour qu'il y ait un droit subjectif public. Le traitement et l'indemnité d'expropriation constituent, en réalité, de véritables droits subjectifs. Mais il est fort contestable que « le droit à la décision du juge », le *Rechtsschutzanspruch*, étudié avec beaucoup de soin par les auteurs allemands qui s'occupent de la procédure civile, soit autre chose qu'une obligation fonctionnelle, imposée au juge par le droit objectif.

Si l'individu qui a intenté l'action en justice peut généralement en disposer, c'est uniquement parce que ce droit à la justice constitue l'enveloppe inséparable d'un véritable droit subjectif auquel il sert de garantie. La même faculté d'obtenir une décision juridictionnelle qu'on réclame, dégagée dans certaines occasions de la situation de fond qu'elle est destinée à protéger, apparaît avec son caractère essentiel, comme effet d'une règle de la fonction juridictionnelle (recours dans l'intérêt de la loi devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat) (1). Ce qu'il y a à retenir de cette analyse est l'essai d'élaborer une notion

(1) Richard Schmidt, *Staatsrecht und Prozessrecht*, 1903 examine ce sujet dans ses grandes lignes. La question est aussi étudiée dans deux études d'Otto Mayer, publiées dans les programmes de l'Université de Leipzig, pour l'année 1906 sous les titres *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen* et *Das Recht am Urteil*. Le point de vue du droit objectif est défendu par K. Lutostański, *Z badań nad pierwiastkiem prywatnym i publicznym w procesie cywilnym*, Varsovie, 1907, surtout à la p. 38-41 et 91-3.

du droit subjectif, commune au droit public avec le droit privé, — essai que l'auteur en question n'a pu réaliser d'une façon satisfaisante.

Georg Jellinek a entrepris dans son grand ouvrage *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2^e éd., Tubingue, 1905) la tâche d'expliquer juridiquement l'ensemble de situations individuelles de droit public. Sa remarquable construction juridique nécessite plus d'attention que les théories envisagées jusqu'à présent parce qu'il s'agit d'une synthèse complète de la matière et parce que l'ouvrage se signale par la profondeur de pensée de l'auteur. Le point de départ de Jellinek c'est la notion même du droit subjectif : il voit aussi bien que l'a vu Otto Mayer que cette notion n'a de valeur juridique qui si elle est un concept général du droit, commun au droit privé et au droit public. Il définit ce droit subjectif comme « une puissance de volonté humaine dirigée vers un bien ou un intérêt, reconnue et protégée par l'ordre juridique » (p. 44). Il paraît donc logique que, la définition étant ainsi donnée, il n'y ait plus qu'à l'appliquer dans le droit public, terrain des recherches de l'auteur. Il n'en est rien pourtant. Aussitôt la définition posée, on aperçoit comme elle se dédouble violemment, suivant la ligne séparative entre le droit privé et le droit public. Il n'y a pas un seul élément constitutif de la définition qui reste le même dans l'une et dans l'autre branche du droit. C'est évidemment la force des choses qui se révolte ainsi contre une notion posée *a priori*. Jellinek, savant très consciencieux,

n'équivoque pas sur les différences qui se manifestent et n'essaye pas de les cacher subrepticement. En ce qui concerne la puissance de volonté, critérium formel d'un droit subjectif, il dit notamment : « Alle selbständigen Rechtssätze.. können eingetheilt werden in befehlende und erlaubende einerseits, in machtverleihende und machtversagende andererseits. Das subjektive öffentliche Recht beruht nicht auf erlaubenden, sondern ausschliesslich auf machtverleihenden Rechtssätzen » (p. 52).

La puissance de volonté de l'individu est ainsi prise en considération par l'ordre juridique de deux façons différentes : celui-ci tolère, laisse agir la volonté individuelle dans la sphère des relations entre particuliers, la puissance de volonté est alors un *Dürfen*, ou bien elle apparaît comme douée d'une force nouvelle qui provient de l'organisation politique, — c'est alors un *Können*. La première de ces deux relations possibles entre la volonté individuelle et l'organisation juridique est caractéristique pour un droit subjectif privé, l'autre l'est pour un droit subjectif public. L'opposition est donc complète. Passons maintenant au critérium matériel — l'intérêt protégé juridiquement (qui joue dans la pensée de Jellinek un rôle de second plan) : « Kein rechtliches Einzelinteresse, das nicht in Beziehung zum Gemeininteresse stünde. Allein der Grad dieser Beziehung kann sehr verschieden sein. Dadurch sondern sich die Einzelinteressen in solche, welche überwiegend um der individuellen Zwecke willen von denen, die überwiegend um der Gemein Zwecke willen

konstituiert sind. Ueberwiegend im Gemeininteresse anerkanntes individuelles Interesse ist Inhalt öffentlichen Rechts. Ueberwiegend im Gemeininteresse wird aber dem Einzelnen ein Interesse zugebilligt nicht als isolierter Persönlichkeit, sondern als Glied des Gemeinwesens. Demnach ist seiner materiellen Seite nach subjectives öffentliches Recht solches, welches dem Einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staate zusteht » (p. 53). Ici Jellinek souligne encore une fois la différence entre le droit subjectif dans chacun de ces deux domaines.

Malgré la difficulté d'application pratique d'un critérium matériel, malgré la possibilité de découvrir, à la rigueur, dans chaque situation juridique un élément d'intérêt public et un élément d'intérêt privé, il n'a pas reculé devant l'effort de se rapprocher de la vérité par l'adoption d'un critérium matériel. Et il lui était impossible, en se plaçant sur ce terrain, de ne pas constater qu'il y a au fond du droit subjectif privé un intérêt particulier de son titulaire, tandis que c'est l'intérêt collectif qui est protégé dans le droit subjectif public. Sans s'arrêter à cette première analyse de l'élément formel et de l'élément matériel de la notion du droit subjectif, Jellinek reprend encore une fois la puissance de volonté (qui lui paraît être la chose la plus importante) pour rechercher non plus sa relation avec l'ordre juridique, mais ses manifestations propres, les prétentions concrètes qui dérivent de la nature du droit subjectif et qui épuisent peu à peu son contenu. La différence fondamentale réapparaît ici. « Während aber Rechts-

verzichtbarkeit eine regelmässige, ist Statusverzichtbarkeit eine ausnahmsweise stattfindende Erscheinung des Rechtslebens. » (p. 57). Et surtout cette observation est frappante : « Dem privat-rechtlichen Verhältniss Recht und Anspruch steht das öffentliche Zustand und Anspruch gegenüber... Nur in jenem weiterem Sinne-also in welchem der Terminus Recht den Anspruch, sowohl als das ihm zu Grunde liegende Rechtsverhältniss bezeichnet, ist der Ausdruck : subjektives öffentliches Recht zu verstehen. Korrekt ist es, ihm nur auf den Anspruch zu beziehen. Der den publizistischen Anspruch zu begründende Zustand ist Rechtsverhältniss, nicht Recht » (p. 58). Ici apparaît déjà la pensée qu'il y a un grand inconvénient à employer le même terme « droit » pour désigner les situations qui diffèrent entre elles par tous les traits fondamentaux. Il n'y a plus qu'à retenir cette constatation. Elle est d'autant plus importante qu'on la trouve chez le juriste qui a porté toute son attention sur le problème des « droits subjectifs publics » et qui a beaucoup contribué à éclaircir l'origine historique de cette institution dans le droit positif contemporain. Cependant, malgré tout ce qu'il a dit, Jellinek continue d'employer le terme « droit subjectif » en parlant des situations individuelles de droit public. Peut-être ce n'est plus qu'un hommage rendu par un partisan de la liberté individuelle à la formule qui a été, pendant tout le cours du XIX^e siècle, un cri de ralliement des adversaires de l'oppression et de l'arbitraire des gouvernements. En tout cas il essaye de défendre ce maintien

de la terminologie : il observe, par exemple, que le droit subjectif public et privé, sont tous les deux « membres d'un même ensemble logique homogène » (p. 58), mais les raisons qu'il invoque alors ne supportent aucune critique. Il dit qu'il y a aussi dans le droit privé, comme dans le droit public, des statuts légaux, mais cela peut prouver uniquement que la notion du droit subjectif, fondamentale en droit privé, y supporte dans une certaine mesure la coexistence des pouvoirs objectifs (1). Ou bien encore, il affirme (p. 78-79) qu'il y a « un terrain étendu des règles juridiques qui ont le but prédominant de servir aux intérêts individuels », mais alors il se met en contradiction avec sa définition du droit subjectif public, comme servant surtout, d'une façon prédominante, à l'intérêt collectif. Ce qu'il y a de mieux à dire sur ces essais de revirement impuissants c'est qu'une certaine force nous attache aux termes accoutumés et traditionnels et qu'il devient ainsi difficile de se débarrasser des termes qui ont rempli déjà leur mission et qui ont cessé de correspondre aux faits (2).

Il n'est pas surprenant, dès lors, que dans l'application faite par Jellinek de sa notion de « droit subjectif public » aux différentes situations juridiques des individus dans le

(1) Dans ce sens, J. Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse de Paris, 1905, p. 34-35.

(2) Maxime Leroy, *La loi*, chapitre VIII, et particulièrement pp. 238-257 et mon article *Pouvoirs de l'Empereur d'après la constitution russe*, dans la *Revue du droit public*, t. XXX, 1913, p. 10-11.

droit public positif (qu'il groupe dans quatre catégories générales, quatre « statuts »), aux situations de l'Etat et des corporations politiques et enfin à celles de leurs organes, il y a beaucoup de choses à rejeter. Son statut passif (état de sujétion) et son statut négatif (liberté générale de faire ce qui n'est pas interdit par le Droit) sont sans importance pour résoudre la controverse sur le droit subjectif et le droit objectif. Dans le statut actif se trouve le droit à la décision du juge, le *Rechtsschutzanspruch*, et le droit des particuliers aux différentes décisions administratives qui doivent être prises obligatoirement sur la demande des particuliers, pourvu que certaines conditions prescrites soient remplies. Je me suis déjà expliqué sur le premier à propos de la même opinion soutenue par Mayer ; la même objection s'applique au second de ces « droits ». On peut envisager la garantie dont jouit ainsi le particulier intéressé comme corollaire des facultés de droit privé qui sont réellement des droits subjectifs et alors il y a ici la même relation qui existe entre le droit subjectif privé et l'action en justice qui lui correspond (1). Si on

(1) « Il y a d'autres matières [que celle de l'organisation des services publics], où l'administré a une sorte de droit à obtenir des décisions administratives facilitant l'acquisition des bénéfices nouveaux... Il s'agit de l'exercice de certains droits civils pour lequel les autorisations administratives sont nécessaires : exercice du droit de bâtir sur une propriété privée riveraine de la voie publique, pour lequel la délivrance de l'alignement est nécessaire, exercice du droit individuel de chasse... exercice du droit de riveraineté sur l'eau courante... »

Note de M. Hauriou, S. 1907, III, 36.

repousse cette explication pour la raison que, n'ayant pas admis antérieurement le droit subjectif à la décision juridictionnelle, je suis obligé de nier, *a fortiori*, l'existence d'un tel droit en ce qui concerne les décisions administratives, dont on ne peut pas être aussi sûr que d'une décision juridictionnelle, le pouvoir lié de l'Administration permettant de prendre en considération les raisons de bonne administration dont le juge ne peut pas se préoccuper au même degré, — il suffit de voir ici un simple devoir de la fonction administrative.

Le statut actif englobe les droits du monarque, du député, du fonctionnaire, de l'électeur, — de tout individu auquel la loi confère la faculté d'agir, comme organe de l'Etat. Jellinek démontre avec une grande force persuasive que la compétence est un pouvoir objectif, et qu'il en est ainsi non seulement s'il s'agit de fonctionnaires à l'égard desquels ce point de vue est déjà généralement accepté depuis longtemps, mais qu'aussi le monarque lui-même, le député, le membre non-élu d'une chambre législative n'ont aucun droit subjectif à l'accomplissement des actes de leur fonction. L'opération de vote est un acte matériel, et aucun droit subjectif n'y apparaît pas. Cependant l'affirmation initiale de Jellinek sur l'application de la notion du droit subjectif au droit public et au droit privé à la fois oblige l'auteur de se mettre à la recherche d'un véritable droit subjectif, soudé en quelque sorte à chacun de ces pouvoirs objectifs. Il découvre ce droit subjectif dans la faculté d'obtenir sa reconnaissance comme l'organe de

l'Etat par celui-ci. Une pareille reconnaissance cependant, envisagée en elle-même, n'a pas aucune importance en droit positif. Il s'agit, en réalité, d'expliquer les prétentions juridiques au traitement et à la pension (comme celles analogues à l'indemnité parlementaire et à la liste civile du chef de l'Etat), et certaines règles spéciales relatives à la responsabilité et aux titres et privilèges honorifiques des individus qui agissent comme organes de l'Etat.

Il est donc beaucoup plus simple d'admettre qu'il y a un droit subjectif véritable pour les créances des sommes d'argent à l'occasion des services rendus à l'Etat et des règles de droit objectif, réfléchissant sur le statut des individus en question, pour tout ce qui concerne la responsabilité et les titres. Il est enfin curieux que l'auteur qui a admis, après Ihering, l'existence des droits réflexes et qui a insisté avec autant de justesse sur le caractère objectif de compétences, n'a pu se rendre compte comment est-il possible qu'il y ait une règle de droit sans un droit subjectif au profit d'une personne, intéressée à l'observation fidèle de cette règle (1) ? Il n'a pu concevoir un ordre juridique véritable que là où il s'agit des rapports entre différents sujets de droits : tout le chapitre sur « les droits de l'Etat » et celui sur « les droits des organes de l'Etat », prouvent quels artifices de raisonnement il a dû employer pour démontrer que l'Etat lui-même est soumis

(1) *System*, 2^e éd., p. 80 et p. 106.

à l'ordre juridique. La difficulté doit se résoudre, si on comprend que la garantie juridictionnelle existe déjà quand la qualité d'organe de la collectivité est prise par chaque membre du groupe qui se présente comme défenseur de l'intérêt général, atteint par la méconnaissance d'un précepte juridique. Pour employer l'expression qu'on doit à M. Hauriou, le droit public a un caractère essentiellement institutionnel (1). Jellinek n'a pu arriver à cette conclusion : ayant affirmé le caractère juridique des règles d'organisation de l'Etat, ayant affirmé à plusieurs reprises qu'il y a là du droit objectif, il s'est mis malgré tout à la recherche d'un sujet de ce droit, de quelqu'un qui pourrait se mettre en quelque sorte garant, contre l'Etat lui-même, de l'observation des règles de l'organisation politique. Il a donc constaté que l'ordre juridique appliqué à l'Etat est dans l'intérêt direct de la nation entière, que c'est elle dès lors qui est le sujet de ce droit particulier au maintien de l'ordre juridique de l'Etat. Mais puisque la nation n'a d'existence juridique que dans la personnalité d'Etat lui-même, il est arrivé à dédoubler cette personne juridique en Etat-puissance qui est l'objet de l'ordre juridique, qui est réglé par cet ordre dans ses manifestations, et l'Etat-représentant de l'intérêt général auquel appartient précisément cette prétention contre l'Etat-puissance ayant pour objet l'observation de diffé-

(1) Hauriou, *Principes du droit public*, 1910, chap. III. L'institution.

rentes compétences étatiques et de l'ensemble de règles de son organisation (1).

On voit ainsi à quelles complications étranges de sa doctrine a été conduit ce grand théoricien par son attachement à la notion inadmissible des « droits subjectifs publics », notion qu'il a contribué à détruire par l'analyse magistrale qu'il en a faite.

III

La critique des opinions le plus importantes sur la matière fait déjà ressortir quelle est ma position générale en face du problème en question. Je n'ai maintenant qu'en relever les traits fondamentaux. Pour ma part, c'est l'intérêt particulier d'un individu ou d'un groupe humain qui constitue le noyau de tous les droits réels et des droits de créance en droit privé, et aussi d'un grand nombre de facultés de droit public : traitements, pensions, créances résultant de différents contrats administratifs. Et cet intérêt individuel, s'il se trouve garanti légalement, c'est-à-dire muni d'un recours en justice, — constitue un droit subjectif. Le droit subjectif exige donc, pour son existence, qu'il y ait une action en justice, mais celle-ci n'en est pas la condition suffisante. Pas de droit subjectif, si l'action

(1) *Op. cit.*, p. 234-5.

protège surtout un intérêt collectif, et indirectement seulement l'individu qui la met en mouvement. Si on étend la notion de droit subjectif à toute situation qui implique la possibilité d'un recours juridictionnel, on se rend coupable d'une faute qui a été signalée, à l'occasion d'un problème juridique qui m'est ici indifférent, par Otto Mayer, dans son étude : « Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht » (1), on étend une notion déterminée si loin de son domaine d'application primitif qu'elle se vide ainsi de presque tout son contenu, et on aboutit à une idée vague, dépourvue de toute précision juridique. Le terme « droit subjectif », *jus surum*, a une longue tradition dans le langage du droit, — il a désigné les facultés légales établies principalement dans l'intérêt de leur titulaire et dont celui-ci possède la libre disposition.

Il est donc nécessaire d'employer un terme différent (status, situation juridique, pouvoir objectif), s'il s'agit de facultés individuelles qui doivent leur existence à l'intérêt général et qui sont en dehors de tout commerce juridique (2). C'est donc le critérium matériel de Jellinek qu'il faut appliquer seul. Cela est, d'ailleurs, conforme à toute la tendance récente de la théorie générale du droit : de

(1) *Staatsrechtliche Studien. Festgabe für Paul Laband*, 1908, t. I, p. 1 et suiv., et particulièrement p. 10-11.

(2) Cette différence est signalée par M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., 1914, p. 432-3 (point c) et p. 552, note, in fine.

substituer les notions matérielles aux notions formelles qui étaient jadis employées d'une façon exclusive. Le but auquel sert l'existence d'une faculté individuelle est ainsi la pierre de touche pour dégager le caractère véritable de cette faculté. Si la faculté individuelle existe en vue d'un intérêt collectif, elle constitue un pouvoir objectif.

Cette difficulté théorique ainsi réglée, qu'est-ce qui est protégé réellement par l'existence d'une garantie juridictionnelle du droit public ? Répondre à cette question, c'est analyser toutes les situations possibles en droit public, une à une, et indiquer quel est le caractère fondamental de chacune d'elles. On trouvera, en fait, qu'il y a des droits subjectifs et des situations de droit objectif, — la protection juridictionnelle s'applique donc aux secondes comme aux premiers. Il y a un droit subjectif partout, où on trouve un droit réel, une créance de somme d'argent ou d'un fait susceptible de se résoudre en paiement d'une somme d'argent, que ce soit au profit d'un individu ou bien d'une personne publique, parce que, sauf les modalités d'établissement et les règles d'exécution spéciales, la situation a le même caractère intrinsèque que les situations correspondantes du droit privé. Les traitements et pensions des fonctionnaires, les dettes d'impôt, les créances qui naissent des contrats de fournitures, de travaux publics, de rente sur l'Etat et des opérations de trésorerie, les créances d'indemnité pour dommages à l'occasion des travaux publics, les indemnités d'expropriation, les indemni-

tés dues par les personnes publiques à raison de fautes de leurs agents, — tout ceci n'est autre chose que du droit subjectif. Au contraire, les situations non-patrimoniales sont pénétrées de l'idée de l'intérêt public dans toute leur étendue. L'individu dans ces situations est englobé dans la sphère de fonctionnement de l'institution politique, et son pouvoir juridique n'existe que s'il va exactement dans le même sens que le but de l'institution en question (1). Ces situations extra-patrimoniales se rattachent soit à l'organisation, soit au fonctionnement des services publics.

En ce qui concerne l'organisation — il y a le régime des élections, des nominations et des révocations qui rentrent nettement dans le droit objectif, et, à côté de ce

(1) La même distinction est à la base de la thèse de M. Tournyol du Clos, précitée. V. surtout p. 12-16. A la p. 16 on lit notamment : « Admettez-vous, nous dira-t-on, l'existence des droits subjectifs publics ? Assurément non, si on entend par là, comme le professeur Jellinek et M. Barthélemy, des droits dont l'objet serait extrapatrimonial et différent du contenu des droits subjectifs ordinaires. Oui, si l'on désigne ainsi les droits patrimoniaux dont le sujet actif ou passif est une personne morale publique et qui grèvent ou accroissent un patrimoine administratif. Les droits subjectifs publics dont nous reconnaissons l'existence ne se distinguent donc que par la qualité d'un de leurs sujets, nullement par leur contenu ; mais il nous paraît préférable de renoncer à cette expression, qui est d'ordinaire employée dans le sens que nous avons rejeté, et qui dès lors prêterait à l'équivoque ». C'est sur ce dernier point seulement que je me sépare de l'opinion citée : il faut combattre l'emploi abusif de termes, en les restreignant à leur sphère d'application propre, sans reculer devant la force des formules courantes.

statut des agents publics, il y a un statut des choses publiques, du domaine public. Les classements et déclassements, les affectations et désaffectations, les permissions de voirie et les révocations de ces permissions — sont les actes principaux relatifs aux pouvoirs objectifs à exercer sur les choses publiques. En ce qui concerne le fonctionnement des services publics, nous rencontrons parmi les pouvoirs objectifs d'abord la compétence des agents publics, et, cette limite de leurs attributions respectives une fois fixée, toute la sphère intérieure de l'activité administrative : police, instruction publique, assistance, etc., où, grâce au contrôle juridictionnel de la légalité *stricto sensu* et de l'opportunité, soit des décisions générales, réglementaires, soit de leurs applications individuelles, les situations des agents publics et celles des individus venant en contact avec leur activité, tombent sous la prise du Droit dans toute leur complexité (1). On pourrait soutenir qu'une distinction ainsi tracée entre deux catégories de situations de droit public rencontre des hypothèses auxquelles elle ne peut pas s'appliquer avec une exactitude rigoureuse. Il est notamment des situations patrimoniales par excellence, et pourtant fort pénétrées de réglementation et de l'action administrative, contrôlée, en dernière instance, par le Conseil d'Etat : tel est le cas des ouvrages

(1) Gaston Jèze, *Essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics*, *Revue du droit public*, 1912, p. 26 à 41, et *Verwaltungsrecht der Französischen Republik* (le tome XXIII de la collection *Das öffentliche Recht der Gegenwart*), 1913, p. 378 et suiv.

intéressant le régime des eaux (en dehors des rivières navigables ou flottables qui rentrent dans le domaine public), des concessions des mines, des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, des dérogations au repos hebdomadaire du dimanche, etc. Il m'est impossible de nier la complexité de la nature juridique de ces situations ; il me paraît cependant que, malgré l'intervention nécessaire de décisions administratives pour organiser ces situations, avec une importance considérable que prennent dans ces décisions les considérations d'opportunité, — l'intérêt particulier y domine encore et il faut les ranger, par conséquent, dans la sphère du droit subjectif.

En France, la garantie juridictionnelle des situations de droit objectif se réalise principalement par la voie du recours pour excès de pouvoir (1). La division en droits subjectifs et en situations de droit objectif ne coïncide cependant, d'une façon bien rigoureuse, avec la distinction, d'origine jurisprudentielle, entre le contentieux administratif d'annulation et le contentieux de pleine juridiction. Cette distinction se fonde sur l'étendue de pouvoirs de décision du juge et ne prend en considération que d'une façon

(1) Il y a, à côté de ce recours général, des recours spéciaux à certaines matières qui se distinguent par certaines conditions de forme et qui généralement excluent le recours pour excès de pouvoir dans la sphère de leur application. Tel est le recours de l'art. 67 de la L. du 5 avr. 1884 contre les délibérations des conseils municipaux et les recours en matière électorale.

indirecte et un peu voilée la nature juridique de la situation individuelle qui est la raison d'être ou bien l'occasion du recours contentieux (1). La distinction fondamentale de situations juridiques d'après leur nature exerce cependant une influence considérable sur le régime des recours qui protègent les situations juridiques en question : l'intérêt exigé pour la recevabilité du recours peut être beaucoup plus vague et lointain s'il s'agit d'un recours qui protège principalement des situations de droit objectif, et il n'existe pas alors de défendeur, du moins si on ne s'attache pas à la procédure, mais au fond du droit.

L'aperçu critique, un peu étendu, de principales théories de la matière, avec l'indication de l'opinion qui est la mienne, ne doit aucunement suggérer l'idée que j'attache

(1) G. Jèze, *Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours*, *Revue du droit public*, t. XXV, 1908, p. 671 et J. Tournyol du Clos, *Op. cit.*, p. 114-117. Le contentieux des élections, celui des listes de l'assistance publique correspondent aux situations de droit objectif, et pourtant le juge, sans être obligé de se borner à l'annulation de la décision attaquée, peut aussi lui substituer une décision nouvelle. Et, d'autre côté, on trouve le recours pour excès de pouvoir dans les matières, où il s'agit de droits subjectifs, tels que pensions [Cons. d'Etat, 17 mars 1911, Mourlot et autres, *Recueil des arrêts* (collection Macarel, Lebon et Hallays-Dabot), p. 360 et 19 janvier 1912, Beauquier et autres, *Rec.*, p. 85] et accessoires de traitements [8 mars 1912, Lafage, *Rec.*, p. 353]. V. les remarquables conclusions de M. Pichat, commissaire du gouvernement, sur le dernier des arrêts cités (*Rec.*, p. 348 et suiv.), où la conception formelle du recours pour excès de pouvoir est développée avec l'appui de citations nombreuses d'arrêts.

une importance exagérée à cette question de doctrine. Les différents systèmes examinés successivement peuvent être utilisés tous en vue des mêmes résultats pratiques, vers lesquels se dirige l'évolution des Etats contemporains, — la soumission de plus en plus complète de situations de droit public au régime de droit. J'ai cependant donné nettement ma préférence à la théorie du droit objectif parce qu'elle me paraît serrer de plus près la réalité de la vie politique et administrative et favoriser les progrès ultérieurs des garanties juridictionnelles, sans aide des raisonnements laborieux et artificiels. La première place que j'ai donnée à l'examen des doctrines se justifie par la nécessité de fixer la terminologie dont je me servirai dans la suite de ce travail, sans qu'il y ait là une solution implicite du problème quelle est la formule de l'influence des théories du droit sur la pratique.

CHAPITRE II

LES PRINCIPAUX ASPECTS DES GARANTIES JURIDICTIONNELLES

I

Les garanties juridictionnelles du droit public ont le caractère intrinsèque commun des actes juridictionnels. On entend par là des actes qui constatent une règle ou une situation juridique et déduisent de cette constatation des conséquences ayant une importance pratique pour le fonctionnement du mécanisme de l'Etat (1). L'acte juridictionnel ainsi compris se trouve déterminé par sa nature propre, et non par le caractère de l'agent qui l'accomplit. Certains actes — qui se rapportent à cette sphère de la fonction administrative, où le pouvoir des agents est nettement lié par les dispositions légales — restent pourtant distincts des actes juridictionnels parce que le point de vue auquel l'administration doit se placer, en vertu du caractère général de sa fonction, n'est pas celui du juge qui a pour

(1) V. sur cette conception de l'acte juridictionnel — Duguit, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, *Revue du droit public*, 1906, p. 446-471 et *Traité de droit constitutionnel*, 1911, t. I, p. 260 à 265. Cet auteur analyse aussi les autres conceptions de l'acte juridictionnel s'attachant surtout à son élément formel.

mission unique d'être la *viva vox legis* (1). Ce qui nous intéresse ce n'est pas cette unité du caractère fondamental des garanties juridictionnelles, c'est, au contraire, la diversité de leurs traits particuliers, de la structure juridique qui leur est propre en France à l'heure actuelle. Il faut distinguer d'abord le recours proprement dit et l'exception. Celle-ci est une arme purement défensive qui permet de contester à l'individu intéressé une prétention juridique au moment même où on fait valoir celle-ci contre lui. L'application principale de ce moyen de protection juridictionnelle en droit public c'est l'exception d'illégalité de l'art. 471, 15° du Code pénal, par laquelle le particulier, poursuivi devant un tribunal de simple police pour contravention à un arrêté de police, peut contester la valeur juridique de la disposition générale qui sert de base à l'accusation contre lui. Cette garantie est importante par l'étendue très vaste de son application ; on peut même imaginer un système des garanties, où elle serait la pièce fondamentale. Elle permettrait, à elle seule, tenir en échec toutes les tentatives de l'arbitraire administratif, si l'Administration ne pouvait agir directement contre les particuliers, mais devrait se contenter d'exiger d'eux l'observation des lois et de ses ordres légaux sous

(1) E. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, *Revue du droit public*, 1900, t. XIII, p. 238-9 et t. XIV, p. 263-6 ; L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* 1913, p. 13-14 et note 1 à la p. 14 (cité d'après le tirage à part) ; L. Marie, *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir*, *Revue du droit public*, 1901, t. XVI, p. 278-9.

sanction d'une condamnation répressive. Mais cette limite des pouvoirs de l'Administration n'existe pas, en fait, en France, et, d'ailleurs, même sous un régime pareil, la situation juridique de l'individu en face des autorités publiques se trouverait protégée insuffisamment. Il y a un risque considérable qu'assume chacun en désobéissant à l'injonction d'un agent public, et faire courir ce risque à tout administré qui veut se défendre contre les envahissements illégitimes des agents administratifs — cela aboutit évidemment à rendre possible un grand nombre d'abus, si on tient compte de la mentalité générale des administrés, préoccupés qu'ils sont d'éviter le plus possible les démêlés avec les agents publics (1). Une autre infériorité de l'exception d'illégalité vis-à-vis du recours contentieux c'est l'effet nécessairement individuel auquel elle peut aboutir. Puisque l'examen de la légalité d'un acte réglementaire n'y est qu'un préliminaire indispensable de la décision sur la condamnation répressive à infliger à un individu déterminé, il n'est pas admissible que cet examen, fait, d'ailleurs, par un tribunal de simple police, s'impose dans tous les cas, où on contestera la validité du même règlement administratif. Au contraire, le recours pour excès de pouvoir, une des branches du recours contentieux, aboutit, en cas d'annulation de l'acte attaqué, au résultat qui détermine vis-à-vis de tous la va-

(1) V. sur l'exception d'illégalité — Henry Nézard, *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, *Revue générale d'administration*, 1909, t. III, p. 394 à 402.

lidité d'un acte administratif. Cette comparaison, qui possède en France une valeur plutôt théorique que pratique, parce que les deux modes de garantie juridictionnelle existent ici en même temps, nous fait voir l'insuffisance d'un système qui se contenterait d'admettre l'exception d'illégalité même contre tous les actes administratifs illégaux, sans organiser contre ces actes des recours juridictionnels.

Laissant de côté les caractères de l'exception d'illégalité et son fonctionnement pratique, je passe de suite à l'autre espèce des garanties juridictionnelles — aux recours directs. Les recours contentieux en matière administrative doivent être distingués des recours administratifs : les premiers sont portés devant un organe de l'Etat créé spécialement en vue de l'exercice de la fonction juridictionnelle et ils sont organisés d'une telle façon que, même si un organe réunissait des attributions administratives à sa fonction juridictionnelle (comme c'est le cas du Conseil d'Etat en France et aussi des conseils de préfecture), il y aurait évidence que c'est en vue du contrôle de l'administration au point de vue du droit que les affaires en question sont portées devant cet organe de l'Etat aux attributions complexes. Cette dernière hypothèse, où il faut une analyse juridique assez pénétrante pour dégager le caractère véritable de la décision, est, somme toute, assez exceptionnelle (tel est le cas du recours contre certaines délibérations des conseils généraux, porté au Conseil d'Etat en vertu de l'art. 47 de la loi du 10 août 1871). Le plus

souvent le recours administratif est porté devant une autorité administrative hiérarchiquement supérieure à l'auteur de l'acte : le conseil général (pour certaines délibérations de la commission départementale), le préfet, le ministre, — ce qui démontre, sans aucune hésitation possible, que ce n'est pas une garantie juridictionnelle qu'on a entendu créer ainsi, mais uniquement un moyen de contrôle dans l'intérêt du fonctionnement harmonieux des rouages administratifs.

Dans l'ensemble de recours juridictionnels il est d'usage de faire une distinction entre le recours de pleine juridiction ou le recours contentieux ordinaire, comme l'on appelle, et le recours pour excès de pouvoir. M. Jèze en a fait la critique dans un article assez récent (1), en se fondant sur son insuffisance théorique. Il y a plus longtemps, M. Léon Marie, se plaçant lui sur le terrain de la valeur pratique comparée de ces deux catégories de recours, a condamné le recours pour excès de pouvoir et a souhaité sa disparition prochaine (2). Un certain nombre d'années s'est déjà écoulé depuis l'une et l'autre de ces deux critiques et la distinction attaquée persiste néanmoins dans la jurisprudence et dans la doctrine. Il semble donc que l'infériorité du recours pour excès de pouvoir

(1) G. Jèze, article cité dans la note finale du chap. I, p. 671-690.

(2) *De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative*, *Revue du droit public*, 1901, t. XVI, p. 265-296 et p. 476-524.

par rapport au recours de pleine juridiction, signalée par M. Marie, n'a pas été de nature à influencer la jurisprudence dans le sens indiqué par cet auteur. En ce qui concerne les observations de M. Jèze, c'est au nom plutôt qu'à la chose sous-jacente qu'il me paraît s'être attaqué. En effet, il conteste la valeur des expressions courantes « contentieux de pleine juridiction », « contentieux d'annulation », parce que ces termes paraissent impliquer que c'est l'étendue plus ou moins considérable des pouvoirs de décision du juge qui est le critérium fondamental de la distinction, tandis qu'il arrive à justifier la même classification, ou à peu près, à l'aide d'un critérium qui est de beaucoup supérieur en doctrine juridique au critérium jurisprudentiel. M. Jèze fait la délimitation d'après l'objet de la constatation du juge : droit subjectif, appréciation de la légalité d'un acte ou des conséquences attachées à un fait. Ce n'est pas la classification courante elle-même qui peut être atteinte par son argumentation, mais uniquement la base juridique qu'on a prétendue lui assigner. Dans cette mesure la critique de M. Jèze me paraît fondée. Il faut seulement rappeler que c'est M. Léon Duguit qui a insisté le premier avec une grande force sur la supériorité de classifications matérielles dans tout le domaine du droit et particulièrement dans notre hypothèse des actes juridictionnels (voir tous les passages déjà cités de cet auteur).

A quoi peut-on ramener les distinctions essentielles entre le recours de pleine juridiction et le recours pour excès de pouvoir ? D'abord, le recours de pleine juridic-

tion fonctionne pour l'ensemble de questions contentieuses que soulèvent les actes administratifs ; son domaine d'application n'est pas déterminable à l'aide d'une formule plus précise. Partout, où une matière administrative apparaît, dont le contentieux, par suite de l'interprétation qu'on donne à un moment déterminé à la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, ne saurait ressortir aux tribunaux d'ordre judiciaire, c'est le Conseil d'Etat qui devient compétent (même à défaut de tout texte attribuant cette catégorie d'affaires à une juridiction administrative déterminée) et il s'agit bien d'un recours de pleine juridiction. Ainsi ce recours est apparu, par exemple, en matière de pensions communales, de litiges entre communes différentes, de responsabilité de personnes publiques pour fautes de leurs agents. En ce qui concerne les matières réglées, à cet égard, par les textes législatifs, le recours de pleine juridiction est attribué soit au Conseil d'Etat, en premier et dernier ressort, soit aux conseils de préfecture sauf appel au Conseil d'Etat (contributions directes, travaux publics, contraventions de grande voirie, élections municipales). Cependant, il y a certaines matières administratives, où le recours de pleine juridiction ne pourrait certainement être formé, — par exemple, nomination ou révocation de fonctionnaires (1),

(1) Il est vrai qu'on peut citer des arrêts récents du Conseil d'Etat qui ont admis un recours de pleine juridiction contre les décisions par lesquelles le maire de Carcassonne a supprimé les emplois de plusieurs agents communaux. Tels sont les 3 arrêts du

dissolution des corps décentralisés, arrêtés de police municipale, etc. — mais c'est qu'ici l'étendue des pouvoirs du juge du recours est en question. Le recours de pleine juridiction se caractérise à cet égard par le pouvoir du juge de ne pas se borner à une simple constatation de ce qui est de droit, il va beaucoup plus loin, et notamment le juge peut réformer la solution attaquée, prononcer la restitution de ce qui est dû au requérant (droit réel, créance d'origine contractuelle, traitement d'un fonctionnaire, substitution d'un candidat à un autre, irrégulièrement proclamé élu, etc.). Donc, puisque l'effet normal (1)

31 mars 1911, Blanc, Argaing, Bézie, reproduits dans le Sirey, 1912, III, 130 avec une note de M. Hauriou. Mais il faut remarquer que l'objet principal de ces recours ont été les demandes d'indemnité des agents licenciés et l'annulation de décisions du maire supprimant leurs emplois n'a été que l'objet de conclusions subsidiaires. D'ailleurs, en ce qui concerne ces conclusions subsidiaires, la limite assignée à la mission du juge de l'excès de pouvoir a été observée, — les arrêts ne sont allés plus loin qu'à l'annulation des décisions illégales. Ce qu'il y a de remarquable dans l'espèce, c'est donc uniquement la jonction de conclusions de deux catégories dans une seule requête, présentée dans les formes exigées pour les conclusions qui en nécessitent le plus, — une de ces simplifications de pure procédure auxquelles le Conseil d'Etat se prête toujours avec une grande facilité.

(1) Il y a ici une exception assez pratique à réserver. En matière de pensions le Conseil d'Etat ne liquide jamais lui-même la pension qu'il reconnaît être fixée irrégulièrement, mais il se borne à renvoyer le requérant devant le ministre, tout en indiquant la base sur laquelle une liquidation régulière doit être opérée. M. Jèze, dans sa critique de la classification jurisprudentielle de recours, a soutenu que cette exception détruit toute

du recours de pleine juridiction comporte cette réformation de la décision attaquée, ce recours ne peut être formé dans les matières citées et autres (analogues à celles-ci). Au contraire, le juge du recours pour excès de pouvoir, en droit positif français, ne peut prononcer aucune restitution, son pouvoir ne va pas plus loin que jusqu'à l'annulation de ce qui est contraire au droit, — donc, ce recours est parfaitement applicable aux matières en question, malgré le caractère « de puissance publique » qu'on leur attribuait. C'est justement cette étroitesse de pouvoirs de décision du juge dans ce recours qui a conduit M. Marie à le condamner, comme manquant d'efficacité pratique, et à souhaiter sa disparition prochaine au profit du recours de plein contentieux qui deviendrait ainsi seul applicable à l'ensemble de litiges de droit public, avec cette largeur des pouvoirs du juge qui lui est propre (1). Le recours pour excès de pouvoir est, lui, applicable, non pas à toutes les prétentions quelconques qui peuvent être soulevées à l'occasion de l'activité administrative (actes juridiques ou faits matériels), mais uniquement aux décisions administratives, c'est-à-dire aux actes juridiques que les agents administratifs accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions, et que M. Hauriou a appelés décisions exé-

possibilité de faire une distinction entre deux catégories de recours suivant l'étendue de pouvoirs du juge, mais c'est évidemment attribuer à cette exception trop d'importance que de vouloir lui faire produire un effet si grave.

(1) Marie, article précité, p. 495-513.

cutoires par opposition aux opérations d'exécution qui englobent la totalité des agissements relatifs au fonctionnement des services publics. Il ne suffit même pas l'existence d'une décision administrative pour que le recours pour excès de pouvoir soit possible : dans certaines hypothèses, la jurisprudence actuelle considère que la décision administrative ne peut être détachée de l'opération administrative dont elle fait partie pour être attaquerable par voie du recours pour excès de pouvoir. Dans ces hypothèses, dont le nombre a été réduit considérablement au cours de ces dernières années, le recours de pleine juridiction reste seul à la disposition de l'intéressé ; contre le recours pour excès de pouvoir se dresse un obstacle qu'on appelle la fin de non-recevoir du recours parallèle. Enfin, à ces deux différences que je viens d'examiner, dont la première tient à l'objet de chacun de recours, et la seconde à l'étendue de pouvoirs du juge, il faut ajouter une troisième — relative à l'effet juridique de la décision rendue sur le recours, à sa force de chose jugée. Pour le recours de pleine juridiction la force de chose jugée est purement relative ; il y a, au contraire, force de chose jugée absolue dans le recours pour excès de pouvoir, au moins dans l'hypothèse de l'admission du pourvoi et de l'annulation de l'acte administratif attaqué. En ce qui concerne la possibilité d'une tierce-opposition contre le jugement sur recours pour excès de pouvoir, la doctrine du Conseil d'Etat est encore hésitante(1). A ces trois différences

(1) V. conclusions de M. Blum sur l'arrêt du 29 nov. 1912,

importantes dans le régime juridique de recours, il faut ajouter, en second lieu, celles qui sont relatives au ministère d'avocat et aux frais. Le recours pour excès de pouvoir est dispensé de l'un et des autres (sauf pour le timbre) — par le Décret du 2 novembre 1864 et la loi du 17 avril 1906, art. 4. Cette place qu'on donne aux différences de forme, à la suite de différences précédentes de régime juridique, doit bien marquer l'infériorité de leur importance doctrinale. C'est contre l'exagération de la portée de ces différences de procédure par les praticiens du Conseil d'Etat que la critique de M. Jèze, dans son étude précitée, a porté avec beaucoup de justesse.

II

Jusqu'à présent, je me suis borné à décrire les deux catégories de recours juridictionnels, telles qu'elles fonctionnent en fait en droit public français, sans pénétrer plus au fond et définir le caractère intime de chacun d'eux, ce qui permettrait de rattacher à une idée centrale les particularités de leur régime juridique. Ce caractère intime se dégage du rapprochement qu'il y a à faire entre

Boussuge, Guépin et autres, *Rec.*, p. 1128, qui indiquent 4 solutions successivement proposées sur ce point depuis Laferrière, et l'arrêt lui-même qui consacre une solution différente de celle que le commissaire du gouvernement a soutenue.

les recours et les situations juridiques qu'ils sanctionnent.

La distinction, formulée d'abord par M. Duguit, ensuite reprise et développée par M. Tournyol du Clos et par M. Jèze, entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif prend tout son relief de ce qu'elle ne fait que traduire sur le terrain de recours juridictionnels la différence fondamentale entre les situations de droit objectif et des droits subjectifs, — différence que j'ai examinée à la fin du chapitre précédent (1). Il faut, cependant, remarquer que cette corrélation ne peut être établie que *grosso modo*, parce que la distinction de deux espèces de situations juridiques est purement matérielle, dégagée par une analyse juridique approfondie, tandis que la classification de recours, telle que la jurisprudence française l'admet, est essentiellement pratique, formée, sous la pression des besoins vitaux du mécanisme de la juridiction administrative, dans les conditions historiques particulières, dans lesquelles ce mécanisme s'est développé au xix^e et au début du xx^e siècle en France. Ce développement historique

(1) La théorie qui paraît être généralement admise en France est une théorie purement formelle. Elle distingue les deux catégories de recours contentieux en rappelant leurs particularités juridiques respectives, et en constatant que, dans le recours pour excès de pouvoir, il ne s'agit que de « l'admissibilité de la procédure d'action directe de l'Administration », comme dit M. Hauriou, ou bien du « contentieux de la limitation », comme dit M. Barthélemy. Cette explication ne touche pas au fond de différences juridiques, elle se borne à les ramener à l'objet distinct de chacun des recours.

de recours a donc abouti à des résultats si complexes et si contingents à la fois qu'ils ne pourront être englobés, sans un résidu inévitable, dans les cadres d'une classification faite d'après les idées qui expliquent juridiquement cette formation historique elle-même. Ces réserves faites, on peut constater que le recours de pleine juridiction correspond, en général, aux situations de droit subjectif, le recours pour excès de pouvoir — aux situations de droit objectif. Je souligne le mot « en général » pour préciser tout de suite les distinctions qu'on doit faire et que la formule catégorique est impuissante à éclairer. Il suffit de jeter un coup d'œil sur les tables analytiques du Recueil d'arrêts du Conseil d'Etat au contentieux (qui publie toutes les décisions juridictionnelles de cette assemblée, juge de droit commun en matière administrative et, en même temps, juge de premier et dernier ressort ou bien juge d'appel ou de cassation) pour s'apercevoir que le gros de matières soumises à cette juridiction par la voie du recours de pleine juridiction se rapporte aux droits subjectifs des administrés ou des personnes publiques. Telles sont les contributions directes, les marchés des travaux publics (avec l'importante matière des dommages qui peuvent en résulter), les marchés de fournitures, les traitements et pensions, les actions en responsabilité pour faute d'un service public — pour ne citer que les grandes catégories donnant lieu à un nombre très considérable de litiges. Comme exception qui doit être détachée de ces matières, parce qu'elle rentre, par son caractère intime,

dans les situations de droit objectif, il faut mentionner le régime des élections. Et cet exemple même confirme en partie la règle générale : quoique les recours en matière d'élections, d'après les règles de leur régime juridique, s'absorbent dans le contentieux de pleine juridiction, tel qu'il a été défini antérieurement, la nature des choses laisse néanmoins percer son influence sur certaines particularités de ce régime juridique, — au point de vue de l'intérêt exigé du requérant pour la recevabilité du recours ils suivent le recours pour excès de pouvoir. Pour former un recours contre une élection, il n'est pas nécessaire d'être intéressé à titre personnel, — c'est-à-dire être membre du corps élu en question ou bien candidat à l'élection qu'on attaque, il suffit d'être simple électeur de la circonscription. Telle est la solution, donnée pour les conseils généraux par l'art. 15 de la loi du 10 août 1871, et pour les conseils municipaux par l'art 37 de la loi du 5 avril 1884. S'il s'agit maintenant du recours pour excès de pouvoir, le noyau central des affaires que juge par cette voie le Conseil d'Etat est composé des situations de droit objectif. Mentionnons ici, à titre d'exemples très pratiques, — les arrêtés de police municipale, les nominations et révocations des fonctionnaires et toutes les autres mesures relatives à leur état de service, les dissolutions des corps locaux, les suspensions et révocations de maires ou adjoints, les mesures du contrôle administratif à l'égard de corps locaux : approbations ou refus d'approbation, inscriptions d'office de dépenses ou accomplissement d'office de diffé-

rents actes juridiques que les agents locaux compétents se sont refusés d'accomplir malgré leur devoir légal, les annulations ou refus d'annulation de délibérations de conseils municipaux en vertu de l'art. 63 et suiv. de la loi municipale (le recours contre ces délibérations, malgré quelques légères dissemblances (1), peut être assimilé, à notre point de vue, au recours pour excès de pouvoir), enfin, dans les dernières années surtout, décisions administratives prises en vue du fonctionnement des services publics exploités en régie ou bien en vue de surveillance des services publics concédés. Le recours pour excès de pouvoir, devenu une voie de recours spéciale contre les décisions administratives, appréciées au point de vue de leur conformité au Droit, s'est étendu aussi à quelques matières, où la situation juridique est incontestablement un droit subjectif, comme les pensions et traitements (V. la note finale du chap. I^{er}), mais ce ne sont pas ces annexes relativement peu significantes, c'est, au contraire, la totalité de situations de droit objectif que j'ai rappelées tout à l'heure qui a pu influencer profondément le régime

(1) V. sur ce point, 2 articles de M. Félix Moreau, *Les caractères de la nullité de plein droit*, édictée par l'art. 63 et 65 de la L. du 5 avr. 1884, *Revue du droit public*, 1912, p. 231-265 et *Fonctionnement pratique de la nullité de droit*, même Revue, 1912, p. 649 à 717. Cet auteur exagère considérablement la différence entre cette voie de nullité et le recours pour excès de pouvoir, notamment en ce qui concerne la force de chose jugée qu'il croit relative dans le premier cas, sans citer, d'ailleurs, aucun arrêt à l'appui de cette allégation (p. 712-716).

juridique de ce recours. Il y a, enfin, un exemple qui est de nature à corroborer encore, s'il y a besoin, les observations précédentes. Il ressort de l'évolution récente, subie dans la doctrine, qui se meut ici sous l'influence visible de la jurisprudence, par la notion de concession de service public. On y a vu d'abord un simple contrat passé par l'Administration et on l'a rapproché, au point de vue de sa nature, comme au point de vue de la compétence sur les litiges qu'il soulève, des marchés de travaux publics. Cependant l'importante extension que cette institution juridique prenait en France — pour les chemins de fer, les tramways, la distribution de l'eau, l'éclairage et la force motrice — a nécessité un surcroît de surveillance administrative dans ces matières d'importance primordiale pour toute la vie économique du pays. La jurisprudence et la doctrine n'ont pu rester définitivement en retard devant ces besoins pressants. Elles ont élaboré la théorie de deux éléments différents qu'une pareille concession comporte : élément de droit subjectif, qui est matérialisé dans les stipulations financières du cahier des charges, auquel le régime des obligations contractuelles reste applicable, et l'élément de droit objectif, ou réglementaire, qui comprend les règles d'exploitation du service et les pouvoirs d'immixtion des agents administratifs (1). Et, à la suite de

(1) Conclusions Blum sur l'arrêt du 11 mars 1910, S. 1911, III, 2-5 ; concl. Tardieu sur l'arrêt du 6 déc., 1907, S. 1908, III, 5 (3^e col.) — 8 ; M. Hauriou, *Précis*, 8 éd., 1914, p. 811-812 ; L. Duguit, *Transformations de droit public*, 1913, p. 133-7.

cette différenciation des règles de cahiers de charges de concessions, une nouvelle conception de recours juridictionnels en cette matière est apparue. Le recours de pleine juridiction, de la compétence du juge des travaux publics, existait d'abord seul en cette matière, même s'il s'agissait d'apprécier la légalité de mesures d'immixtion administrative, prises dans l'intérêt du meilleur fonctionnement de ces services publics (23 janv. 1903, Comp. des chemins de fer économiques du Nord, S., 1904, III, 50 avec concl. Teissier et note Hauriou et 11 mars 1910, Ministre des travaux publics contre Comp. générale française des tramways, S., 1911, III, 2 avec concl. Blum et note Hauriou), tandis que récemment des recours pour excès de pouvoir ont été admis contre les mesures de cette nature (6 déc. 1907, Comp. du chemin de fer de l'Est et autres, S., 1908, III, 1, et note Hauriou, et 13 mai 1910, Comp. des tramways de l'Est Parisien, D., 1912. III, 92). Il y a ici une connexité tout à fait frappante entre le caractère de certaines règles juridiques qu'on a reconnu comme étant de droit objectif et l'admission par le Conseil d'Etat du recours pour excès de pouvoir formé en vue d'assurer l'observation de ces règles, — connexité qui éclaire par l'exemple de faits dont nous sommes bien rapprochés le lien intérieur très étroit qui unit le recours pour excès de pouvoir au caractère de droit objectif de situations juridiques auxquelles il sert de garantie. Cette analyse, en apparence purement doctrinale, permet de comprendre mieux les principales particularités par lesquelles le re-

cours pour excès de pouvoir se distingue nettement du recours de pleine juridiction, comme, d'ailleurs, de l'action en justice du droit privé. Il n'y a plus aucune difficulté à comprendre pourquoi la décision juridictionnelle bénéficie ici de force de chose jugée absolue : la situation juridique, objet du recours, étant établie dans l'intérêt de tous, c'est aussi à l'égard de tous que son caractère exact et son étendue doivent être fixés. De même, on ne peut pas exiger un droit subjectif chez celui qui intente ce recours, puisqu'on se trouve, par définition, en dehors du domaine du droit subjectif. Il faut, nécessairement, se contenter d'un lien plus vague entre le requérant et l'objet de son recours : il suffit qu'il y ait un intérêt qu'on appelle direct, c'est-à-dire que le requérant se trouve lui-même dans la sphère d'application de l'acte administratif dont il attaque l'irrégularité.

Enfin, l'existence d'un défendeur, d'une personne juridiquement intéressée en sens contraire au requérant dans l'issue du recours, n'est pas ici un phénomène nécessaire parce que la situation de droit objectif n'implique pas du tout l'existence d'un sujet passif, obligé, vis-à-vis du bénéficiaire de la situation, d'accomplir quelque chose à son profit.

Pour achever cet examen général de la nature de recours contentieux, il est nécessaire d'ajouter que, dans la première période de recherches sur ce domaine, c'est un autre critérium de la distinction qu'on a préconisé, critérium qui me paraît être, d'ailleurs, en conformité avec les

notions de droit public sous l'empire desquelles la juridiction administrative en France a grandi au cours du xix^e siècle. On trouve ce critérium exposé d'une façon claire chez Laferrière (1) ». Lorsque les actes et décisions de l'administration ont le caractère d'actes de commandement et de puissance publique, ils ne peuvent pas être révisés et réformés par la juridiction administrative ; ils ne peuvent être qu'annulés... Le seul recours contentieux qui puisse être dirigé contre les actes de cette nature est le recours à fin d'annulation qui porte le nom du recours pour excès de pouvoir. » Et un autre praticien éminent du Conseil d'Etat, plus rapproché de nous par la période de sa carrière, M. Romieu, commissaire du gouvernement, a dit dans le même sens (2) : « En ce qui concerne la nature de l'acte, on peut dire que, en principe, le recours pour excès de pouvoir vise les actes d'autorité qui ne se rencontrent pas en droit civil dans les rapports entre particuliers, et qui sont spéciaux au droit administratif... Sous la réserve de ces cas exceptionnels, qui profitent d'une extension par voie d'analogie, on peut dire que le recours pour excès de pouvoir est bien demeuré en principe le recours tendant à l'annulation des actes d'autorité ; c'est cette conception telle que l'évolution historique l'avait créée et développée... à laquelle les textes relatifs aux recours pour excès de pouvoir ont entendu se référer, lors-

(1) *Traité*, 2^e éd., t. I, p. 17.

(2) Conclusions sur 11 arrêts du 30 nov. 1906 (en mat. de repos hebdomadaire), *Rec.*, p. 869.

qu'ils ont organisé en leur faveur la procédure simplifiée et économique, dont ils jouissent... c'est elle qu'ils ont ainsi à la fois consacrée et cristallisée. « C'est donc la distinction entre l'acte de gestion, qui alimente le contentieux de pleine juridiction, et l'acte d'autorité, qui engendre le contentieux d'annulation, qui est mise ainsi à la base de la classification de recours. Et il est impossible de ne pas reconnaître qu'il y a une grande part de vérité dans cette allégation, si on se place sur le terrain du processus de formation historique de recours juridictionnels en droit public, et notamment du recours pour excès de pouvoir qui me préoccupe ici tout particulièrement (1). Prenons un seul de traits caractéristiques envisagés déjà précédemment — celui notamment qui a donné lieu aux critiques très vives de la part des juristes préoccupés de l'épanouissement complet des garanties juridictionnelles — l'étendue particulièrement étroite de la mission du juge de l'excès de pouvoir qui comporte seulement la faculté d'annuler, sans aller jusqu'à la condamnation de l'Administration ou à la réformation des actes annulés. Si les actes d'autorité ont été, en effet, la terre de naissance du recours pour excès de pouvoir, ce trait, que j'ai indiqué précédemment sans l'expliquer de plus près au point de vue juridique, s'éclaire à merveille. Il est bien facile à saisir que, ayant admis le recours pour excès de pouvoir contre les actes, vis-à-vis desquels il paraissait nécessaire

(1) V. sur cette formation. L. Aucoc, *Op. cit.*, et E. Laferrière, *Op. cit.*, t. II, p. 402 et suiv.

de maintenir dans certain respect les administrés et même le juge administratif, on ait pensé à établir, dans ce but pratique, des restrictions particulières qui n'étaient pas nécessaires pour le reste du contentieux administratif. Aujourd'hui la notion de l'acte d'autorité ne paraît plus soutenable comme trop vague et dépourvue de toute précision scientifique, mais les effets de cette notion persistent dans toute leur force, en dépit des critiques les plus habiles, parce qu'ils correspondent encore à certaines puissantes traditions de l'Administration et du Conseil d'Etat.

La doctrine s'est trouvée ici en avance considérable sur la pratique, et derrière l'idée de puissance publique et d'acte d'autorité elle a découvert une autre idée qui paraît mieux justifier, dans la vie politique contemporaine, le caractère spécifique de l'activité de l'Etat, — c'est l'idée d'un droit public objectif, ensemble de règles qui s'impose à un moment donné à une nation ayant sa vie politique propre et qui implique l'organisation de certains services publics devenus indispensables à la vie collective (1). L'idée d'une puissance publique, élevée au-dessus du Droit, a dominé non seulement sur le terrain que nous reconnaissons aujourd'hui comme sphère du droit objec-

(1) Sur le changement actuel de la conception de l'Etat on trouvera des aperçus remarquables dans l'ouvrage de Hugo Krabbe : *Die Lehre der Rechtssouveränität. Ein Beitrag zur Staatslehre*. Groningue, 1906 (traduction sur l'original hollandais revue par l'auteur).

tif ; elle a exercé aussi une influence considérable sur une branche du contentieux subjectif — sur les actions en responsabilité, dirigées contre l'Etat à raison de fautes de ses agents. Elle aboutissait ici au principe d'irresponsabilité de l'Etat en tant que puissance publique (sauf une seule exception en faveur de la propriété individuelle). Ce principe a paru incontestable à tous ceux qui ont étudié le droit public français au cours du XIX^e siècle. Cependant le Conseil d'Etat, après avoir solennellement reconnu ce principe encore le 13 janvier 1899 (dans l'arrêt Lepreux, S., 1900, III, 1, avec note Hauriou), à propos de prétendues fautes de la police des fêtes locales, s'en est éloigné peu à peu, et, actuellement, sauf en ce qui concerne la responsabilité à raison des actes du gouvernement, il serait difficile de trouver des solutions d'espèce, inspirées par ce principe (1).

(1) On peut citer quelques séries d'espèces, où le principe de l'irresponsabilité générale de la puissance publique pourrait, semble-t-il, être invoqué avec le plus de force, et où, pourtant, la responsabilité de l'Etat a été admise en règle générale (sauf la difficulté de preuve que le dommage causé à un particulier se rattache, en fait, aux fautes des agents de l'Etat). Il s'agit d'abord de l'exécution des décisions des tribunaux administratifs : les arrêtés des conseils de préfecture sont exécutoires malgré l'appel interjeté au Conseil d'Etat, et pourtant on a admis que l'exécution d'un tel arrêté donne lieu à la responsabilité de l'Etat, si, dans l'espèce, le préfet avait tort de hâter l'exécution et de causer par là un dommage grave au requérant. Telle est la solution de l'arrêt du 27 février 1903, Olivier et Zimmermann, S. 1905, III, 18 (et note Hauriou). Même solution a été consacrée pour les dommages aux personnes, causés par les agents de police générale dans l'exercice de leurs fonctions, 10 janv. 1905,

III

Après avoir indiqué ainsi les caractères généraux de recours en droit public, je reprends maintenant, en vue

Grecco, *Revue du D. P.*, 1905, p. 566 (et note Hauriou, S. 1905, III, 113) et 24 déc., 1909, Pluchard, *Revue gén. d'adm.*, 1911, II, 307 (avec note Rabany); pour le retard dans la délivrance d'un alignement — 28 juin 1912, demoiselle Manrot, S. 1913, III, 121 (avec note Hauriou); pour les dommages causés par la négligence de la police maritime ou fluviale — 22 mars 1907, Fournier, S. 1909, III, 93, 10 mars 1911, Larue c. l'Etat, *Rec.*, p. 306 et 28 juillet 1911, Comp. d'assurances, « La Foncière », Leral et Godin, *Rec.*, p. 918; pour les fautes de la police vétérinaire — 10 mars 1911, Hédoïn c. ville de Reims, *Rec.*, p. 283; pour l'exclusion de fournisseurs de toutes les adjudications ultérieures d'un ministère — 10 mai 1912, Foulon et Fedit c. l'Etat, *Rec.*, p. 552. Les dommages causés, même d'une façon assez indirecte, par les autorités militaires ont aussi donné lieu à l'affirmation des règles nouvelles : 5 févr., 1909, Lefébure c. l'Etat, S. 1911, III, 81 (et note Jèze, *Revue du D. P.*, 1910, p. 72); 19 nov., 1909, Zeilabadine, S. 1910, III, 2 (et note Hauriou); 8 déc., 1911, sieur et dame Hautot, *Rec.*, p. 1163; 24 mai 1912, Bathiat, *Rec.*, p. 619 et 21 juin 1912, Société des pêcheries d'Arvor c. l'Etat, *Rec.*, p. 710. Enfin les révocations illégales (ou même seulement préjudiciables) des agents communaux ont fait naître un contentieux, dans lequel le Cons. d'Etat a poussé fort loin ses préoccupations d'équité — 11 déc., 1903, Villenave c. ville d'Alger, *Année administrative*, 1903, p. 315 (avec note Hauriou, S. 1904, III, 121), 15 février 1907, Lacourte, *Revue du D. P.*, 1907, p. 240 (avec note Jèze); 3 arrêts du 12 janvier 1912 (pris à l'occasion de révocations en masse de fonctionnaires de la ville d'Ivry après le renouvellement de sa municipalité) — Létard, Baudet, et dame

de précisions nécessaires, le recours pour excès de pouvoir, comme type du recours objectif, et j'examinerai les traits principaux de son régime juridique. Ils se rattachent à deux catégories distinctes — à la recevabilité du recours et à son admission. Les règles de recevabilité ne sont consacrées et précisées par aucun texte légal (sauf en ce qui concerne les délais, le ministère d'avocat et les frais) ; elles restent actuellement ce qu'elles ont été toujours : l'œuvre de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est efforcée de poser des limites à l'accroissement excessif de litiges. Ces règles sont étrangères à la justesse intrinsèque du recours, à son admission ou à son rejet définitif, elles donnent lieu seulement à un premier triage de requêtes en vue de l'élimination immédiate de toutes celles qui marquent par la façon défectueuse de leur présentation (défaut de qualité chez le requérant, inobservation des formes ou des délais prescrits, caractère de la décision attaquée insusceptible de faire grief au requérant, existence

Delentrée-Meunier, *Rec.*, p. 39, 40 et 41 ; 2 août 1912, Saurat, *Rec.*, p. 920 et 20 déc. 1912, Solomiac, *Rec.*, p. 1233. La responsabilité a été admise tout récemment pour le retard dans la nomination des candidats classés pour les emplois réservés aux anciens militaires : 3 arrêts du 26 juillet 1912 — Gendronneau, Barret, et Franzini, *Rec.*, p. 871-3. Même pour un agent de l'Etat, et surtout un agent militaire, la responsabilité a été admise en principe. Il s'agissait, il est vrai, d'un cas particulièrement favorable à l'intéressé, de plusieurs cassations de grade illégales, infligées successivement à un sous-officier — 29 mai 1903, Le Berre, *Année adm.*, 1903, p. 309 (avec conclusions Teissier) et note Hauriou, *S.* 1904, III, 121-5.

d'un recours parallèle) qu'elles ne méritent pas d'être l'objet d'un examen complet par le juge administratif. Laissant de côté certaines règles de second ordre, j'examinerai ici successivement trois conditions de recevabilité : décision attaquable, intérêt requis et inexistence d'un recours parallèle.

En ce qui concerne les actes attaquables par cette voie juridictionnelle spéciale, je ne me préoccupe pas actuellement de ceux qui échappent au recours pour excès de pouvoir par l'effet de leur caractère juridique ou politique propre (comme cela a lieu d'abord pour les actes juridictionnels, ensuite pour les actes législatifs et parlementaires et les actes de gouvernement), ce sont les actes administratifs au sens étroit du mot qui me préoccupent seuls. A leur égard, la condition de la nature de la décision attaquée se résout dans l'exigence que l'acte administratif attaqué soit susceptible de faire grief. Il faut donc qu'il y ait là une décision proprement dite qui règle une question déterminée et pas un simple acte de préparation ou d'exécution matérielle. Cette exigence a un caractère éminemment pratique ; dans la complexité de formalités nombreuses qui entourent l'accomplissement de différents actes administratifs, il y a grand intérêt à ce qu'on n'attaque pas de simples avis, propositions dépourvues par elles-mêmes de toute force obligatoire, des avertissements, etc., et qu'on concentre tout son effort contre l'acte qui est le point central de toute cette procédure administrative, qui termine, par une solution précise, la période de prépa-

ratifs, et ouvre celle de l'exécution. C'est M. Hauriou qui a insisté, à plusieurs reprises (1), sur l'idée en question.

Une évolution jurisprudentielle se dessine en cette matière, elle va dans le sens de l'élargissement de la recevabilité du recours par la reconnaissance comme décisions, susceptibles d'être attaquées, des actes administratifs d'un caractère contestable, mais auxquels on peut attribuer une influence sur la situation juridique des particuliers. Et cela est en harmonie complète avec l'idée centrale de la situation de droit objectif ; étant formulée avec une netteté toujours plus grande, elle conduit nécessairement à faire saisir le caractère juridique de décisions qui était imperceptible antérieurement. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples significatifs, — les observations du ministre sur le pourvoi présenté au Conseil d'Etat sont considérées comme une décision sur laquelle le Conseil doit statuer, même à défaut de toute décision préexistante, — 12 mai 1911, Perre, *Rec.*, p. 855, et 10 mars 1911, Soc. de secours mutuels « l'Alliance des familles », *Rec.*, p. 320. De même est considérée comme suffisante la notification à l'intéressé de l'instruction, par laquelle le ministre prescrit au préfet la conduite à tenir dans une affaire en cours : 26 janv. 1912, Bureau de bienfaisance de Versailles, *Rec.*, p. 99, l'inscription sur une liste d'avancement — 27 nov. 1908, Alcindor, *Revue du D. P.*, 1909, p. 56 (avec note

(1) S. 1910, III, 129 (note) et *Précis*, 8 éd., 1914, p. 440-443.

Jèze) et 15 déc. 1905, de la Tasse, *Revue*, 1906, p. 65 (avec note Jèze), ou enfin une instruction ministérielle ayant une répercussion sur la situation des agents publics (au point de vue des frais de route) — 3 févr. 1911, Rossi, *Rec.*, p. 125. L'intervention du législateur se borne, dans cette matière, à un seul texte important, la Loi du 17 juillet 1900 (relative à la réorganisation de la section temporaire du contentieux au Conseil d'Etat). Cette loi a admis, dans son art. 3, que le silence de quatre mois d'un agent administratif, saisi d'une demande sur une affaire déterminée, équivaudra à l'existence d'une décision expresse, et sera, dès lors, attaquable par voie du recours pour excès de pouvoir. Cette réforme législative est d'une grande importance pratique ; elle a coupé court aux habitudes déplorables de l'Administration de s'abstenir de répondre aux réclamations gênantes pendant une période indéfinie. Son utilité est démontrée par un nombre considérable d'arrêts qui interviennent actuellement sur les recours contre les décisions implicites de l'Administration. La jurisprudence a amélioré encore la garantie de légalité ainsi créée, parce qu'elle a décidé que le délai de deux mois (à partir de la connaissance de la décision) pour la formation du recours ne s'applique pas aux recours contre les décisions implicites de rejet résultant du silence prolongé, — le recours est donc possible dans ce cas pendant une durée illimitée : ce qui est une circonstance de plus de nature à stimuler les administrateurs à répondre aux réclamations portées devant eux.

L'intérêt nécessaire pour pouvoir intenter un recours pour excès de pouvoir n'a pu jamais être déterminé par la doctrine d'une façon précise ; la jurisprudence s'est contentée de solutions d'espèces en procédant par voie d'élargissement continu de la recevabilité sur ce point (1). Depuis 1900 surtout, on rencontre plusieurs élargissements de l'ancienne notion de l'intérêt qui sont d'une importance très considérable.

C'est d'abord la recevabilité du recours du contribuable contre les dépenses illégales qui est d'autant plus importante que le recours en matière des contributions directes ne pouvait jamais soulever les questions de dépenses par suite du principe de l'indépendance relative des recettes (dont la légalité peut être contestée à l'occasion d'une demande en décharge ou en réduction) et des dépenses dans les budgets des personnes publiques (2). Actuellement,

(1) V. M. Baudouin, *Notion de l'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse de Paris, 1904, et L. Le Fur, *Protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés*, 1911, p. 6-24 du tirage à part ou bien dans la *Revue gén. d'adm.*, 1911, t. I, p. 12-21 et p. 129-138. Sur le même problème en droit allemand — Otto Mueller, *Op. cit.*, p. 138 et suiv. (*Die Legitimation zur Klage*) et Tezner, *Deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, *Verwaltungsarchiv*, t. VIII, p. 487 et suiv.

(2) V. en ce sens — 27 mai 1909, Delalande, S. 1911, III, 165 ; 10 févr. 1893, Bied-Charreton, et 10 mars 1893, Poisson, S. 1894, III, 130 (avec note Hauriou). On réservait cependant le cas, où une recette exceptionnelle, inadmissible en dehors des conditions déterminées, a été nécessitée par les dépenses prétendues illégales. Dans cette hypothèse on pouvait obtenir le

la possibilité d'invoquer l'illégalité de la dépense par voie d'exception reste fermée, mais le contribuable a mieux que l'exception, il peut former le recours pour excès de pouvoir contre la dépense elle-même. Cette jurisprudence extensive a été inaugurée par l'arrêt Casanova du 29 mars 1901 (S., 1901., III, 74), annulant un crédit municipal destiné au traitement du médecin qui se chargerait de soigner tous les malades de la commune gratuitement, et le mouvement a continué d'une façon ininterrompue. Des actes nombreux concernant la gestion du patrimoine communal ont été attaqués par cette voie, par exemple, autorisations (par les conseils municipaux) de transactions, des échanges de terrains, des acquisitions d'immeubles, des baux à passer — 29 déc. 1905, Petit, *Rec.*, p. 1014 (et note 1 à la p. 1012) avec note Jèze, *Revue du D. P.*, 1906, p. 254 à 260 ; 5 févr. 1909, Barla, Cassieu et autres, *Rec.*, p. 434 ; 6 avril 1906, Camut et autres, *Rec.*, p. 326, et Balliman, p. 327 ; 18 mars 1904, Callier, Beccarud et autres, *Rec.*, p. 222 ; 3 mai 1907, Salès, S., 1909, III, 109 et 6 août 1912, Greuzard, Gautherin et autres, *Rec.*, p. 970. Des indemnités accordées illégalement, sous les dominations les plus diverses, par les conseils généraux à leurs membres (avant la loi du 27 février 1912) ont été annulées grâce à ce recours — 27 janv. 1911, Richemond, *Rec.*,

dégrèvement de sa part de l'impôt exceptionnel à raison de l'illégalité de la dépense — 29 juin 1900, Merlin, S. 1900, III, 68 avec note Hauriou et 1^{er} juillet 1910, Dupuy, *Revue de science et de législation financières*, 1910, p. 437 avec note Jèze.

p. 105 (avec conclusions Helbromer), et note Jèze, *Revue de sc. et de leg. fn.*, 1911, p. 60-67 ; 8 nov. 1912, Crémieux et Fauché, *Rec.*, p. 1025 et 22 nov. 1912, Scaillièrez, *Rec.*, p. 1079. Enfin on a obtenu, à l'aide du même moyen, l'annulation d'un crédit pour la création d'une juridiction illégale — tribunal administratif des mœurs — 2 juin 1911, de Pressensé et Morhardt, *Rec.*, p. 665.

La qualité d'électeur a été jugée suffisante pour demander l'annulation d'un sectionnement électoral (10 févr. 1905 Monsservin et autres, *Revue du D. P.*, 1906, p. 51 et note Jèze), pour attaquer le refus du préfet de déclarer un conseiller municipal démissionnaire d'office (29 avr. 1910, Coste et Marignan, 2^e esp., S., 1912., III. 134), pour attaquer un décret de convocation des électeurs sénatoriaux (6 août 1912, Maître, *Rec.*, p. 982).

La qualité d'habitant est encore objet de décisions contradictoires : elle a été jugée insuffisante pour attaquer l'autorisation de sépulture dans l'enceinte d'un bourg (22 mars 1901, Bocquillon, S. 1903, III, 119), ou bien — l'attribution du nom de Renan à une rue par le conseil municipal dans des conditions prétendues irrégulières (4 août 1905, Dieuleveult, *Revue gén. d'adm.*, 1906, I, 286) ; au contraire, elle a été admise dans des arrêts plus récents : 24 févr. 1911, Watine-Lotthé, *Rec.*, p. 230 (avec concl. Corneille) — création d'une commission syndicale en vue de distraire une section de la commune — et 10 mars 1911, Desvals, *Rec.*, p. 287 — réglementation des heures d'ouverture du secrétariat de la mairie.

La qualité de prêtre catholique ou même d'un simple fidèle est jugée suffisante pour attaquer le règlement des manifestations extérieures du culte ou bien la fermeture d'une église — 8 avr. 1911, abbé Anselme, *Rec.*, p. 464, et abbé Pierre, *Rec.*, p. 465 ; 8 févr. 1908, abbé Deliard, *S.*, 1908, III, 54 (avec conclusion Chardenet et note Hauriou).

L'intérêt que possède un bénéficiaire quelconque d'un service public organisé au fonctionnement régulier dudit service, qui est apparu, d'abord, masqué par l'intérêt, déjà précédemment admis, du propriétaire ou du contribuable (3 janvier 1905, Storch, et 21 déc. 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Séguey-Tivoli, *S.*, 1907, III, 34-7 ou 6 mars 1903, Ardisson c. Comp. des tramways de Cannes, *Rec.*, p. 197), s'est affirmé dans toute son indépendance dans des arrêts tout à fait récents. Je citerai les espèces suivantes, particulièrement remarquables — 7 avr. 1911, Chervin, *Rec.*, p. 453 ; 29 déc. 1911, Chomel, *Rec.*, p. 1265 (et note Jèze, *Revue du D. P.*, 1912, p. 28-36) ; 19 janv. 1912, Marc et Bérenger, *Rec.*, p. 75 (et note Jèze, *Revue du D. P.*, 1912, p. 37-46) ; 26 avr. 1912, consorts Salhorgue, *Rec.*, p. 491, 3 arrêts du 20 janv. 1911 — dame Chapuis, Porteret, et Pichon, *S.*, 1911, III, 53 avec conclusions de M. Pichat et note Hauriou ; 17 janv. 1913. Association de familles de Gamarde-les-Bains, *Revue du D. P.*, 1913, p. 74 et Lachaize, *Rec.*, p. 81. On peut rattacher à la même série un arrêt, plus ancien, du 19 févr. 1904, Chambre syndicale

des fabricants et constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways, *Revue du D. P.*, 1904, p. 92 avec la note Jèze.

A côté de ces qualités juridiques, plus ou moins communes à la généralité de citoyens, il y en a d'autres, spéciales, dont certains individus seulement ou bien certains corps publics peuvent se prévaloir. Tel est l'intérêt du fonctionnaire à attaquer les décisions relatives à la nomination, à l'avancement, etc., des autres agents, mesures que peuvent influencer sa propre situation de service. Les décisions sur ce point sont innombrables. Pourvu qu'on ne se trouve pas dans une circonscription territoriale différente de celle, dans laquelle se placent les décisions que l'on attaque, on est recevable à attaquer, dans le même service, la nomination d'un agent, même inférieur (28 juin 1912, Gâteau, *Rec.*, p. 752).

Ce qui est particulièrement digne d'attention, c'est l'action très énergique des associations professionnelles de fonctionnaires qui ne se contentent pas d'attaquer les actes administratifs, dont j'ai parlé tout à l'heure, que certains de leurs membres pourraient attaquer individuellement; elles vont plus loin et agissent vraiment comme des représentants généraux de la profession parce que la décision attaquée est relative à la condition générale de fonctionnaires d'un ordre déterminé. Quelques exemples sont ici à citer : 16 juin 1911, Empis et Ass. prof. du personnel civil de l'Adm. centrale de la marine, S., 1913, III, 34 (avec note Hauriou), et 1^{er} juill. 1910, même requé-

rant, S., 1911, III, 89, — application de l'inspection du travail aux bureaux de ministères ; 19 juillet 1912, Ass. prof. des employés titulaires et des stagiaires du service géographique de l'armée, et 17 janv. 1913. Fédel et autres (Fédération nationale des professeurs de lycées), *Rec.*, p. 84, et note Jèze, *Revue du D. P.*, p. 535 (1). Enfin, on trouve dans certains cas l'intérêt reconnu par la jurisprudence aux associations des fonctionnaires qui semblent agir non plus en vue de la profession, envisagée comme la totalité des avantages matériels des fonctionnaires d'un ordre déterminé, mais en vue de la fonction elle-même, du contenu qu'une branche d'activité de l'Etat doit avoir en conformité avec le Droit, réglementant cette branche. Je citerai ici l'arrêt du 14 juillet 1912, Fédéra-

(1) Dans ces 2 espèces il s'agissait de l'application de l'art. 85 de la L. du 8 avril 1910 (qui fait comprendre le stage précédant obligatoirement la titularisation dans la période sur laquelle sera calculée la pension de retraite). Il y a dans ces cas non seulement intérêt, mais un vrai droit subjectif pour le fonctionnaire dont il s'agit de liquider la pension, mais il en est tout autrement de l'association qui défend la situation objective faite à l'ensemble de la profession. M. Corneille, commissaire du gouvernement, l'a bien compris, en disant dans ses conclusions sur l'affaire Fédel : « Pour la recevabilité des actions syndicales, il semble donc qu'aux formules primitives, il faudrait désormais substituer celle-ci : une association corporative est recevable à agir si la décision qui ne vise qu'une individualité déterminée... est motivée par des raisons d'ordre général, s'appliquant à une des collectivités groupées dans l'association ou dans le syndicat. Si l'intérêt corporatif est dans les motifs, peu importe que le dispositif ait pour l'instant une portée individuelle seulement », *Rec.*, 1913, p. 83.

tion nationale des professeurs de lycées, *Rec.*, p. 672 (avec note Jèze, *Revue du D. P.*, 1912, p. 724), où on a attaqué un régime nouveau des équivalences aux licences et aux baccalauréats, et les recours, intentés par la même Fédération et jugés le 22 juillet 1910, S., 1913, III, 23 et le 25 juillet 1913, *Journal du droit administratif*, 1913, p. 531, relatifs à l'obligation de professeurs de surveiller les élèves en dehors des heures de l'enseignement (1). Il est évident que l'action syndicale en cette matière crée une couche nouvelle du droit objectif qui restait jadis inexplorée, à défaut de personnes qui pourraient porter les recours qui la concernent devant les tribunaux administratifs. Il convient de citer ici les paroles qui ont été prononcées par le procureur général Sarrut devant les chambres réunies de la Cour de cassation (2) : « L'action syndicale

■ (1) Le même problème de l'étendue du pouvoir syndical des ass. de fonctionnaires en ce qui concerne les actions en justice s'est posé devant les tribunaux d'ordre judiciaire et a été résolu, dans un sens divergent, par la cour d'appel de Paris (4 janvier 1911, cardinal Luçon, *Revue du D. P.*, 1911, p. 293 et note Jèze) et par la Chambre civile de la Cour de cassation (4 mars 1913, Amicale des instituteurs de la Marne et Fédération des amicales c. cardinal Luçon, *Revue du D. P.*, 1913, p. 538 et note Jèze). L'importance de cette action corporative pour le fonctionnement régulier des services publics est bien soulignée par G. Jèze, *Verwaltungsrecht der Französischen Republik*, p. 379-383 (*Die Intervention von Vereinigungen*).

(2) *Revue du D. P.*, 1913, p. 705-6 (affaire Perreau c. Syndicat de la viticulture française). V. l'ensemble de conclusions du procureur général sur cette affaire, p. 704-8, et le rapport qui les précède et qui contient un exposé des précédents jurisprudentiels sur l'étendue de l'action syndicale.

n'a donc pas nécessairement pour fondement juridique l'action individuelle ; le droit syndical n'est pas le faisceau des droits individuels... C'est une action spéciale, créée par la loi, sans relation théorique avec l'action individuelle. Les deux actions ont sans doute un trait commun en ce qu'elles procèdent du même fait dommageable, mais elles diffèrent par leur cause, leur objet, leur résultat... L'essentiel c'est de retenir, dans l'arrêt, les « intérêts économiques de la profession », qui mettent en relief, le caractère propre, l'objet spécial de l'action syndicale ».

Les agents publics électifs, conseillers municipaux et conseillers généraux, étaient longtemps irrecevables d'agir pour excès de pouvoir contre les décisions des corps dont ils font partie (1). Cet état de choses n'est pas changé complètement puisqu'on continue d'exiger d'eux, pour que leurs recours soient recevables, que l'illégalité qu'ils signalent dans la délibération attaquée constitue une atteinte à l'exercice libre de leur mandat. Ainsi, par exemple, le défaut d'instruction d'une délibération du conseil général par le préfet et le fait de charger la commission départementale, au lieu de préfet, de l'exécution de la délibération ainsi prise n'est pas un motif, à raison duquel un recours pour excès de pouvoir puisse être intenté contre cette délibération par un conseiller général — *Revue gén. d'adm.*, 1900, III., 36 (Gaudin et autres).

Mais d'autres décisions s'avancent assez loin dans

(1) V. l'historique de cette matière et l'analyse de l'état actuel de la jurisprudence dans Le Fur, *Op. cit.*, chap. 1.

l'extension de la recevabilité pour qu'il soit permis de supposer que, malgré l'application de la formule de « l'attribution aux prérogatives de leur mandat », on arrivera, par une interprétation de plus en plus audacieuse, à déclarer recevables tous les recours des membres des assemblées délibérantes, qui sont bien placés pour attaquer les délibérations des corps dont ils font partie, connaissant les conditions de leur élaboration et leur signification parfois voilée (1).

Il ressort d'abord de cette analyse de la jurisprudence récente qu'il n'y a plus lieu de s'attarder à la condition d'un droit acquis qu'on croyait jadis nécessaire, si l'acte administratif était argué d'une simple violation de la loi. Les recours des bénéficiaires des services publics, ceux des associations des fonctionnaires sont formés souvent pour cause de violation de la loi, et il est pourtant impossible de parler, à cette occasion, d'un droit acquis aux requérants ; même l'idée, moins désuète, d'un intérêt personnel et direct apparaît déjà comme manifestement insuffisante, tellement le lien entre le requérant et l'objet de son recours s'est ici relâché. Quelle est donc la formule générale qui pourrait concentrer en elle tous ces élargis-

(1) Voici quelques espèces de cette catégorie : 1^{er} mai 1903, Bergeon, Dalle et autres, S. 1905, III, 1 (avec note Hauriou) et note Rabany, *Revue gén. d'adm.*, 1903, II, 430 ; 4 août 1905, Martin (avec concl. Romieu), *Rec.*, p. 750 et note Hauriou, S. 1906, III, 53 ; 9 nov., 1906, Taudière, S. 1909, III, 23 ; 22 mars 1912, Le Moign, S. 1913, III, 106 avec note Hauriou ; 3 mai 1912, Lacque, *Rec.*, p. 521.

sements récents de la jurisprudence en matière d'intérêt ? M. Baudouin, dans la thèse précitée, affirme, à plusieurs reprises (1), que c'est l'intérêt personnel et direct qui reste encore la formule la plus adéquate. En 1904 pourtant, quand son livre a été écrit, le recours du contribuable et de l'électeur ont été déjà admis et, d'ailleurs, examinés en détail par l'auteur. La raison de ce qu'il a pu s'arrêter à une conclusion qui paraît singulière c'est qu'il a donné au terme « intérêt personnel et direct » un sens qui me paraît illogique. M. Baudouin reconnaît lui-même qu'il y a dans le recours du contribuable et de l'électeur quelque chose de nouveau, c'est que l'intérêt qui qualifie ici une personne pour former le recours n'est pas restreint au requérant, mais qu'il lui est, au contraire, commun, avec quantité de gens de la même situation juridique que lui. Et l'auteur insiste même sur les causes, historiques et politiques de cette transformation profonde du recours pour excès de pouvoir ; il aperçoit ces causes à la suite de M. Hauriou, dans les abus, qui se sont produits à l'occasion de la décentralisation administrative, et auxquels le Conseil d'Etat a dû chercher un remède dans le domaine de son activité. Mais il apparaît à M. Baudouin que cet intérêt récemment admis, collectif qu'il soit, reste néanmoins personnel et direct (2), en ce sens que chaque membre d'une collectivité en question le ressentît comme

(1) *Op. cit.*, p. 143, p. 145, p. 152-3.

(2) P. 190-3, p. 195-6 de sa thèse.

le touchant lui-même. Il y a ici une méprise évidente : les intérêts collectifs nous touchent évidemment en tant que nous sommes membres d'une collectivité donnée, mais ce qui caractérise le terme « personnel » c'est qu'il signifie justement : ce qui appartient à une personne et à elle seule. Le paradoxe de M. Baudouin (qui s'est inspiré ici visiblement de l'esprit des notes de M. Hauriou dans le Sirey qui tentent le plus souvent de faire du vieux-neuf, comme ce jurisconsulte l'a dit lui-même dans un de ces ouvrages) se heurte donc pour moi à cette vérité simple que le domaine de l'intérêt individuel et celui de l'intérêt collectif, sans être nécessairement opposés, sont, en tout cas, distincts. M. Tournyol du Clos a rejeté, avec beaucoup de raison, l'idée d'un intérêt personnel et direct, en affirmant qu'elle n'est pas juridiquement saisissable et, tout en admettant cette formule à titre purement provisoire, il a défendu le caractère d'action publique du recours pour excès de pouvoir (1). Il a bien démontré que ni les raisons théoriques (qui se ramènent à l'affirmation du caractère subjectif de ce recours) ni les raisons pratiques (encombrement de rôles du Conseil d'Etat, si on élargissait considérablement la recevabilité, possibilité d'utiliser cette voie de droit pour satisfaire des rancunes personnelles ou politiques) invoquées ne sont pas de cette valeur qu'elles puissent résister au besoin pressant d'ouvrir largement les portes au contrôle juridictionnel de l'Administration.

(1) *Op. cit.*, p. 72 et suiv.

Mais le postulat qu'il a formulé lui-même, *de lege ferenda* que le recours soit ouvert à tout « contribuable, électeur ou domicilié dans le ressort de la compétence de l'auteur de l'acte » est insoutenable. Supposons l'admission à la retraite d'office d'un général : puisqu'il s'agit d'un acte du Président de la République, tout Français jouissant de ses droits civiques et toute personne domiciliée en France pourrait l'attaquer. Cela me paraît dépasser complètement les exigences de l'utilité sociale, au delà desquelles une institution juridique ne doit pas s'étendre. Il me paraît que la garantie d'une situation de droit objectif est suffisamment développée, si toute personne qui se trouve dans cette situation pourra recourir contre l'acte qui la menace. Une solution générale de cette nature me paraît être en conformité avec le caractère objectif du recours. Ce n'est pas, en effet, une masse amorphe des individus qui est créée par les règles du droit objectif, ce sont, au contraire, des catégories juridiques, nettement délimitées par l'application de ces règles, et il est logique, qu'elles défendent seules le Droit qui leur est applicable. Ce que j'affirme maintenant n'est pas la formule résumant l'état des choses actuel en France, c'est un postulat purement doctrinal.

L'état actuel qui peut être décrit seulement, mais non concentré dans une formule juridique d'ensemble, en est pourtant déjà une réalisation partielle, nécessairement imparfaite (1).

(1) On trouve une description exacte chez M. Hauriou : « Il

La fin de non-recevoir du recours parallèle est, elle aussi, de création purement jurisprudentielle. Elle est complètement étrangère aux textes légaux, d'où certains auteurs voudraient même tirer une raison décisive pour la rejeter (ce qui est un peu singulier, si on se rend compte de ce fait incontestable que pour tout ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir les textes n'ont exercé aucun rôle créateur). D'autres voudraient conserver cette fin de non-recevoir, comme expédient qui sert à masquer l'impossibilité pour le Conseil d'Etat de se rendre exactement compte du caractère de recours dans les matières nouvelles, — ce qu'on appelle un procédé de « po-

faut que l'intérêt soit légitime, c'est-à-dire résulte d'une situation juridique : soit de droits acquis de l'administré opposables à l'administration, comme par exemple la qualité de propriétaire ou de commerçant ; soit de décisions antérieures de l'administration elle-même plaçant l'administré dans une catégorie assujettie à des charges précises, et limitées (contribuable inscrit au rôle des contributions directes) ; soit de décisions antérieures de l'administration dont l'administré a pu tirer ou espérer des avantages légitimes [l'auteur cite ici un concessionnaire sur le domaine public, un fonctionnaire, un électeur, un sous-missionnaire admis à l'adjudication, un candidat admis à participer à un concours ou à un examen] ». *Précis*, 8^e éd., p. 446. Et il ajoute à la p. 447. « Une simple situation de faits qui ne serait pas due à des décisions administratives antérieures, ni à l'exercice d'un droit individuel, ne conférerait pas, à elle seule, intérêt légitime à contester la légalité des actes de l'administration. » Dans cette expression « situation due à une décision administrative antérieure » on doit apercevoir l'idée fondamentale de situation de droit objectif que l'auteur a, d'ailleurs, mis en relief lui-même dans plusieurs de ses notes de jurisprudence.

litique jurisprudentielle » (1). Théoriquement, cette fin de non-recevoir me paraît justifiable seulement dans les matières où il s'agit des droits subjectifs, à la nature desquels le recours de pleine juridiction est mieux approprié que le recours pour excès de pouvoir. Mais la jurisprudence se laisse guider ici par des préoccupations pratiques, parfois même par des habitudes raisonnablement inexplicables. Or, au point de vue pratique, il y a des raisons fort convaincantes pour abandonner, dans un grand nombre d'hypothèses, la fin de non-recevoir en question.

On pourrait même s'attendre que, le recours pour excès de pouvoir étant beaucoup plus facilement accessible aux intéressés que l'autre, notre fin de non-recevoir tombe complètement en désuétude. En fait, la solution qu'admet la jurisprudence est beaucoup plus nuancée et il est même assez difficile de bien saisir ses contours flottants.

La fin de non-recevoir du recours parallèle a subi des grandes transformations qu'il faut signaler dès l'abord. Elle fut jadis très générale : il suffisait notamment qu'un moyen juridique quelconque existât dans une matière donnée pour que le recours pour excès de pouvoir ne soit pas recevable. Non seulement un autre recours direct, mais une simple exception d'illégalité excluait déjà notre voie de droit, considérée comme exceptionnelle, purement subsidiaire. Cependant, on s'est dégagé de cette conception première et Laferrière affirmait déjà dans son *Traité* que

(1) Hauriou, *Précis*, p. 452-3.

— pour qu'il y ait vraiment obstacle à la formation du recours pour excès de pouvoir — il faut que l'effet juridique voulu par l'intéressé puisse être obtenu par un autre moyen de droit. Or, l'exception, par sa nature même, n'a qu'un résultat plus restreint ; il fallait donc un véritable recours juridictionnel pour que cette nouvelle conception de la fin de non-recevoir se trouve réalisée. Ensuite, sur ce terrain nouveau lui-même, les brèches à la fin de non-recevoir se sont multipliées. Depuis 1903 notamment le recours est admis contre les délibérations des conseils généraux en matière de sectionnement électoral, sans qu'on doive se borner à attaquer l'élection elle-même, accomplie sur la base d'un sectionnement prétendu irrégulier. Autre innovation, plus importante encore, c'est que les actes administratifs relatifs à des contrats passés par les personnes administratives ont cessé d'être considérés comme s'incorporant dans ces contrats et ne pouvant, par conséquent, être attaqués que sur le terrain du contentieux du contrat (1). On a ainsi déclaré recevables les recours contre les arrêtés préfectoraux prescrivant la

(1) La même solution s'applique aux opérations unilatérales, telles que l'expropriation, où il y a aussi des droits acquis après l'accomplissement de l'opération et où pourtant l'acte administratif qui déclenche cette opération — la déclaration d'utilité publique — reste attaquant par voie du recours pour excès de pouvoir. V. 12 nov. 1909, Descieux, Guillot et autres, *Rec.*, p. 869 avec conclusions Teissier et note Jèze, *Revue du D. P.*, 1910, p. 57, et 11 février 1910, époux Laurent-Champrosay, *S.*, 1912, III, 101.

location d'office des immeubles pour une commune (11 déc. 1903, Commune de Gorre, *Rec.*, p. 771 et note Hauriou, S., 1906, III, 49 ; 29 mars 1904, Commune de Messé, *Revue gén. d'adm.*, 1904, II, 431 et note Rabany), contre les arrêtés approuvant des baux, des acquisitions ou des échanges (8 déc. 1911, Belle et autres, *Rec.*, p. 1148 ; 6 avr. 1906, Balliman, *Rec.*, p. 327 et 20 déc. 1912, Mulot, *Rec.*, p. 1230), contre les décisions des commissions d'adjudication ou contre les actes d'approbation de ces décisions (26 janv. 1912, Roux, *Rec.*, p. 113 ; 9 févr. 1912, Société coopérative d'ouvriers plombiers de Limoges, *Rec.*, p. 193 ; 30 mars 1906, Ballande, *Revue du D. P.*, 1906, p. 676, avec conclusions Romieu et note Jèze), enfin contre les délibérations des conseils généraux ou des conseils municipaux autorisant les marchés administratifs à passer (4 août 1905, Martin, *Rec.*, p. 751 avec concl. Romieu ; 5 févr. 1909, Barla, *Revue du D. P.*, 1910, p. 65 et 26 juillet 1912, dame veuve Dumon et Suire, *Rec.*, p. 884).

Et, contrairement aux conclusions précitées de M. Romieu sur l'affaire Martin, ce n'est pas seulement au profit des personnes autres que les cocontractants et qui pourraient invoquer avec raison l'inexistence de tout recours autre que le recours pour excès de pouvoir à leur disposition (parce que la voie devant le juge du contrat leur est inaccessible), c'est au profit des cocontractants eux-mêmes que le recours dont je me préoccupe ici se trouve admis⁽¹⁾.

(1) Un arrêt du 29 mars, 1912, Frot c. l'Etat, *Rec.*, p. 467, a bien

Actuellement, le fondement principal de la fin de non-recevoir du recours parallèle c'est le respect de la compétence des autres juridictions (chargées de résoudre les questions de droit administratif) par le Conseil d'Etat, juge exclusif de l'excès de pouvoir. Partout, où il s'agit de matières rentrant dans la compétence des tribunaux judiciaires, comme, par exemple, les contributions indirectes (1), les rétrocessions de terrains à la suite d'une expropriation, les contrats relatifs du domaine privé, ou bien de matières rentrant dans la compétence de conseils du contentieux administratif aux colonies, ou enfin dans celle des conseils de préfecture (contributions directes, travaux publics, etc.), le Conseil d'Etat se refuse, d'une façon tout à fait constante, d'intervenir à un titre quelconque. La seule exception, sur laquelle j'ai déjà insisté à une autre occasion, est relative aux concessions de travaux publics : elles sont de la compétence des conseils de préfecture et la fin de non-recevoir du recours parallèle

rejeté le recours pour excès de pouvoir d'un adjudicataire contre l'adjudication, mais c'est uniquement parce qu'il a lui-même intenté (avant le recours pour excès de pouvoir) un procès devant le conseil de préfecture auquel il appartient de connaître de l'ensemble de l'opération. Sa qualité de cocontractant était donc hors de cause.

(1) La jurisprudence est allée si loin dans cette voie, qu'elle a rejeté les recours relatifs à la légalité des décisions administratives touchant au fonctionnement d'un service public sous le seul prétexte que ce service public se trouve rémunéré par des redevances assimilées aux contributions indirectes — arrêt du 23 mars 1906, demoiselle Chauvin dite Sylviac, S., 1908, III, 18 avec note Hauriou.

s'applique normalement vis-à-vis de demandes en cette matière (1), mais s'il s'agit d'apprécier la légalité des mesures administratives, édictées dans l'intérêt de la sûreté ou de la commodité du public, les recours pour excès de pouvoir sont admis (2), c'est la conséquence de ce qu'on a reconnu ici une situation de droit objectif, inaperçue du législateur qui a attribué aux conseils de préfecture la compétence en matière des travaux publics.

La dernière expression complète de l'opinion courante au Conseil d'Etat sur la fin de non-recevoir du recours parallèle se trouve dans les conclusions de M. Georges Pichat sur l'affaire Lafage (*Rec.*, 1912, p. 348-352). M. Pichat rejette dans ces conclusions les affirmations qui voudraient réduire artificiellement le domaine du recours pour excès de pouvoir, et notamment il condamne sa prétendue inapplicabilité aux actes de gestion, en indiquant les exemples, qu'on pourrait être tenté de ranger dans cette catégorie, et où on admet pourtant le recours pour excès de pouvoir. La restriction à la recevabilité de ce recours, tirée de l'existence d'un recours parallèle, se ratache, selon M. Pichat, dans l'état actuel de la jurispru-

(1) Même s'il s'agit d'une simple permission de voirie qu'on envisage comme préliminaire d'une concession à faire — 29 mars 1912, Bardy, *Rec.*, p. 451, et *a fortiori* s'il y a une concession proprement dite — 24 février 1908, Francq, S., 1910, III, 63 ; 10 mai 1901, Aubert c. dép. de la Vendée, S., 1904, III, 29.

(2) V. 3 arrêts successifs sur les recours de la Compagnie des tramways de l'Est Parisien — 28 janv. 1910, D., 1911, III, 133 ; 13 mai 1910, D. 1912, III, 92, et 21 juillet 1911, *Rec.*, p. 870.

dence, soit au respect de la compétence des juridictions autres que le Conseil d'Etat, soit à ce que l'acte administratif attaqué est argué, non pas de violation de la loi, mais d'une violation de droits contractuels ou quasi-délictuels. Cette formule n'est pas inexacte en elle-même ; elle peut servir à encadrer les solutions actuelles de la jurisprudence, cependant il m'est impossible de s'y arrêter, parce que dans les matières, dont le contentieux de pleine juridiction est de la compétence du Conseil d'Etat, on peut essayer d'expliquer l'existence de cette fin de non-recevoir par le caractère des situations juridiques elles-mêmes. Or, à ce point de vue, la distinction entre les facultés dérivant d'un texte de loi d'un côté et les facultés contractuelles ou quasi-délictuelles de l'autre, qui s'inspire de la source d'où provient une faculté juridique déterminée au lieu d'analyser sa nature propre, me paraît insuffisante. Il faut parler ici encore de droits subjectifs et des situations de droit objectif. D'abord, quand il s'agit d'une situation de droit objectif, il n'y a pas d'exemple, à ma connaissance, où la fin de non-recevoir du recours parallèle ait été admise (sauf en ce qui concerne les recours contre les élections aux conseils généraux qui servent de garantie aux situations de droit objectif). S'il s'agit d'un droit subjectif, il paraîtrait logique que le recours pour excès de pouvoir ne soit pas admis. Cependant, il en est autrement en fait : en matière de pensions, d'un côté, en matière de traitements et leurs accessoires, de l'autre, on trouve des recours admis, tout récemment et en nombre

considérable, par des arrêts qui contiennent de visa des lois du 7-14 octobre 1790 et du 24 novembre 1872 ce qui nous prouve (les conclusions précitées de M. Pichat sur l'affaire Lafage suffiraient, d'ailleurs, à elles seules, à nous fixer dans cette opinion) nettement (1) que c'est le recours pour excès de pouvoir que le Conseil d'Etat a entendu déclarer recevable en cette matière (2).

(1) Même pour les recours en matière de pensions qui, au point de vue de formes et du ministère d'avocat sont assimilés par les textes eux-mêmes aux « demandes d'annulation pour excès de pouvoir ».

(2) En matière de pensions ces arrêts sont relatifs, pour la plupart, à l'application de l'art. 85 de la loi du 8 avril 1910 à certaines catégories de fonctionnaires — 17 mars 1911, Mourlot et Association des agents des eaux et forêts, *Rec.* p. 360 ; 19 janv. 1912, Beauquier et autres, *Rec.*, p. 85 ; 14 juin 1912, Legendre, *Rec.*, p. 668 ; 26 juill. 1912, Deblicker, *Rec.*, p. 887 ; 2 août 1912, Amiot, Dexmier et Nassoy, *Rec.*, p. 932 ; 20 décembre 1912, Olivieri, *Rec.*, p. 1249 ; 10 janv. 1913, Thomasset et autres, *Rec.*, p. 37 ; 3 arrêts du 17 janvier 1913, Poncelet, Langeron et autres, Fedel et autres, *Rec.*, p. 83. En matière de traitements et de leurs accessoires les arrêts ne sont pas ainsi, nombreux ; on peut citer cependant — 8 mars 1912, Lafage, *Rec.*, p. 353 (avec conclusions de M. Pichat que j'ai examinées en détail au texte, note Hauriou, S., 1913, III, 1, et note Jèze, *Revue du D. P.*, 1912, p. 287) ; 3 mai 1912, Souchière, *Rec.*, p. 513 ; 6 août 1912, Antoni, Geille et autres, *Rec.*, p. 986, 24 janv. 1913, Giordani, *Rec.*, p. 100. La recevabilité du recours en question contre un arrêté de débet a été soutenue par le commissaire du Gouvernement Pichat (conclusions sur l'affaire Schlemmer, S., 1913, III, 5, que M. Hauriou combat dans sa note sur cet arrêt), mais la Cons. d'Etat ne s'est pas prononcé sur cette question dans l'arrêt lui-même (tirant la fin de non-recevoir de ce fait que la requête soulevait un litige sur la responsabilité de l'Etat).

La raison en est très spéciale, c'est une raison de procédure que M. Pichat a indiquée lui-même en ce qui concerne les accessoires de traitement (objet de l'arrêt Lafage). Il y a des matières relativement peu importantes auxquelles le recours pour excès de pouvoir convient bien par le peu de frais qu'il entraîne, et l'identité de formes du recours pour excès de pouvoir et du recours en matière de pensions facilite encore le passage imperceptible du second au premier.

Il reste donc, comme conclusion, que le Conseil d'Etat oppose la fin de non-recevoir du recours parallèle dans deux préoccupations très distinctes : d'abord, pour respecter la compétence des autres juridictions et faire disparaître l'accusation de ressusciter un nouveau genre d'évocations (accusation qu'on a essayé déjà de formuler contre lui), ensuite, dans les matières, où le recours de pleine juridiction serait aussi de sa compétence à lui, pour maintenir l'indépendance de deux catégories de recours, correspondant chacune à des situations juridiques différentes et cantonnée dans une sphère, d'où l'autre est exclue en principe. Cependant les raisons d'utilité pratique, de bienveillance dont il faut user à l'égard des justiciables intéressants, lui font parfois écarter la rigueur de cette délimitation.

CHAPITRE III

LÉGALITÉ, FAIT, OPPORTUNITÉ

I

L'objet particulier de ce chapitre c'est la recherche du contenu même des décisions juridictionnelles intervenant sur les recours contentieux administratifs, ou bien de l'étendue de pouvoirs du juge administratif au point de vue des questions qu'il peut et qu'il doit examiner. Comme dans la partie précédente de cette étude, ce seront surtout les situations de droit objectif — et le recours pour excès de pouvoir, principal moyen de les faire valoir en justice — qui m'intéresseront ici d'une façon spéciale. Il y a d'abord une constatation à faire, devenue banale à force d'être répétée sans cesse : c'est que, dans ce recours, le point de vue de la légalité importe seul, — c'est même, dit-on, sa caractéristique distinctive dans les matières, où les deux catégories de recours coexistent en pratique. Cependant, il serait bien préférable de parler de conformité au Droit, au lieu de légalité, d'abord parce que, en droit administratif et public, les textes légaux n'épuisent aucunement la totalité de règles juridiques po-

sitives, ensuite parce que la controverse, s'il rentre dans la compétence du juge administratif de se prononcer sur les questions d'opportunité, serait dégagée d'un préjugé qu'on y apporte, en déclarant d'avance que la question de légalité est par définition en quelque sorte le seul objet possible de ce contentieux.

Les différents chefs d'annulation pour excès de pouvoir — incompétence, vice de forme, violation de la loi — seraient évidemment à cette idée unique : l'illégalité ; contre ce grand danger de toute administration développée, le recours pour excès de pouvoir est ainsi un remède tout à fait spécial. Il n'est pas possible de passer en revue les principales illégalités redressées par cette voie parce qu'elles sont aussi nombreuses que les règles des lois administratives elles-mêmes. La classification traditionnelle des excès de pouvoir (le détournement de pouvoir qui a une nature spéciale étant mis à part) en 3 grandes catégories précitées n'a plus qu'un intérêt historique, puisque le Conseil d'Etat se contente actuellement d'établir l'excès de pouvoir dans les arrêts qui annulent les décisions attaquées, sans indiquer, d'une façon précise, de quelle catégorie d'excès de pouvoir il s'agit bien dans l'espèce. La classification plus diversifiée que M. Jèze a proposé (*Année administrative*, 1904, p. 180-1), à titre d'ailleurs purement provisoire, n'a même pas ce mérite de marquer les étapes d'une évolution historique importante et elle est aussi impropre que la classification traditionnelle d'englober, d'une façon nette et serrée, toutes les illégalités, parce qu'elle est en-

core trop générale (1). S'il faut prendre quelques exemples particulièrement importants (à raison de situations à protéger et de la fréquence de recours) des illégalités réprimées par le Conseil d'Etat, on peut rappeler ici les atteintes aux franchises des corps locaux (à l'occasion desquelles les attributions des autorités décentralisées sont protégées contre les envahissements menaçants des préfets ou des gouverneurs, qu'on oblige de se maintenir dans les limites de leurs pouvoirs de surveillance), aux prérogatives des administrations d'Etat autonomes (ex.-27 déc. 1912, Administration générale de l'Assistance publique à Paris, *Rec.*, p. 1253). D'autres hypothèses très caractéristiques sont : les sonneries de cloches, où la jurisprudence applique avec fermeté les dispositions du Décret du 16 mars 1906 et protège ainsi les fidèles du culte catholique contre les abus de maires qui s'arrogent, souvent en vue d'une pure vexation, l'usage de cloches de l'église, et aussi les règles de fonctionnement des services publics, soit concédés, soit même exploités en régie (2).

(1) Elle subdivise le chef d'incompétence en 3 rubriques, incompétence *ratione materiæ*, incompétence *ratione loci* et incompétence à raison de défaut de collaboration obligatoire avec d'autres agents ; elle réunit à la violation de formes celle de conditions de temps, dans lesquelles doit s'exercer la compétence ; enfin, elle dédouble le cas de violation de la loi en atteinte au pouvoir lié de l'agent lui-même et atteinte au domaine réservé à la législation. D'ailleurs, M. Jèze a reconnu lui-même le vice de cette classification dans son ouvrage le plus récent — V. *Verwaltungsrecht der Französischen Republik*, p. 400, note 3.

(2) V. les exemples, cités plus haut à propos de l'intérêt exigé pour la recevabilité du recours, où l'intérêt du bénéficiaire d'un

En ce qui concerne la signification à donner aux termes « règles légales » en vue de déterminer quelles sont au juste ces règles dont la violation pourra donner lieu à un recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence administrative se montre très large dans sa conception des sources du droit positif. Non seulement les règlements du Président de la République se trouvent assimilés ici aux lois formelles, mais il suffit même d'une instruction ministérielle, d'un arrêté préfectoral ou du règlement d'une Faculté (pourvu qu'on y trouve des règles ayant un caractère de garanties pour les administrés ou bien pour les agents publics) pour qu'un recours soit possible (1).

service public a été reconnu comme suffisant. En outre de ces arrêts on peut citer ici la décision relative à l'inscription dans une Faculté en vue du diplôme de pharmacien, 10 janv. 1913, Crédot, *Rec.*, p. 38 et décision réorganisant le service médical d'une infirmerie, 17 janv. 1913, Ermenge. *Rec.*, p. 57. V. sur le contrôle juridictionnel du fonctionnement des services publics. G. Jèze, *op. cit.*, p. 378-396 et p. 411-418 (l'auteur étudie la jurisprudence la plus récente ; ce qu'il y a à critiquer chez lui c'est une différenciation des services publics exploités en régie suivant qu'ils procurent ou non des avantages spéciaux aux administrés, différenciation dont la base juridique est insaisissable).

(1) V. en ce sens — 6 août 1909, Rageot, *Revue du D. P.*, 1909, p. 708 avec note Jèze ; note Hauriou dans le *S.*, 1913, III, 105 ; 12 juillet 1907, Larnaudie, *Revue du D. P.*, 1907, p. 677 et 29 mars 1912, Gaehlinger, *Rec.*, p. 466. En sens contraire, 11 déc. 1908, Chalmette, *Revue du D. P.*, 1909, p. 704 et 22 mars 1912, Le Moign, *Rec.*, p. 414.

II

Le grand problème que soulève le recours pour excès de pouvoir en ce qui concerne l'étendue des questions soumises à la juridiction administrative, c'est le problème d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration ou bien de son indépendance de tout contrôle juridictionnel dans les questions d'opportunité (1).

Pour examiner ce problème, il faut commencer par la détermination de ce qu'on entend par les questions d'opportunité. La réponse n'est pas facile à donner, et on

(1) V. L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, 1913, *passim* ; L. Le Fur, *La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés*, *Revue gén. d'adm.*, 1911, t. I, p. 385-399 et t. II, p. 5-18 ; H. Grach, *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'administration*, thèse de Paris, décembre 1912, p. 52 et suiv., p. 99 et suiv. ; F. Fleiner, *Einzelrecht und öffentliches Interesse, Festgabe für Paul Laband*, 1908, t. II, p. 3 et F. Stier-Somlo, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, même recueil jubilaire, t. II, p. 455. Il faut particulièrement citer le professeur Friedrich Tezner de Vienne qui a consacré plusieurs études approfondies, fondées sur l'examen minutieux de la jurisprudence autrichienne, à ce problème. V. surtout, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienne, 1888 et dans la série d'articles *Deutsche Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, la partie intitulée *Die Verwaltungsrechtspflege und die Ermessenssachen*, *Verwaltungsarchiv*, t. IX (1900-1901), p. 515-610.

est tenté souvent de la remplacer par des énumérations plus ou moins complètes. Il y a d'abord lieu d'exclure de ce domaine contesté certaines questions qu'on a voulu y englober à tort, — ce qui nous permettra de restreindre le terrain propre de la controverse à ses limites naturelles. On a parlé d'actes discrétionnaires là, où on trouvait que l'acte n'est pas susceptible d'être attaqué par voie de recours pour excès de pouvoir, aucune personne ne pouvant justifier à son égard d'un intérêt personnel et direct, suivant la formule de la jurisprudence (1), M. Michoud, auteur de l'étude la plus récente sur cette matière, soutient encore cette opinion (2) et il essaye même d'expliquer à son aide un arrêt récent, du 26 janvier 1912, Commandant Blot (S., 1913, III, 37). Après les décisions qu'ont déclaré recevables le recours de professeurs contre une réglementation nouvelle des équivalences aux baccalauréats et aux licences, le recours des fonctionnaires contre le défaut d'application de la législation du travail aux bureaux d'une administration, il me paraît impossible d'affirmer que l'intérêt puisse faire défaut à toute personne pour attaquer un acte administratif relatif à la marche d'un service public. On doit considérer que cette catégorie des actes inattaquables par voie juridictionnelle n'existe plus en droit positif français. D'ailleurs, elle ne se rapprochait que par ce seul trait de son inattaquabilité

(1) Laferrière, *op. cit.*, p. 425-6 ; H. Grach, *op. cit.*, p. 58-62.

(2) *Op. cit.*, p. 46-7 et note 2 à la p. 47.

des actes d'opportunité que j'envisagerai dans la suite. L'arrêt Blot s'explique par la nature du service public, dans lequel il a été accompli — l'armée en campagne. Pour les actes qui s'y rapportent la théorie des actes de gouvernement conserve toute sa vigueur. D'autre part, on fait souvent une confusion regrettable entre les questions de fait et les questions d'opportunité (1). Elles ont ce trait commun qu'il s'agit pour les unes, comme pour les autres de solutions qui ne peuvent être dictées par une règle de droit précise, mais qui doivent être trouvées en dehors d'elle. Mais cela n'efface en aucune façon la différence profonde qui subsiste entre elles : dans les questions de fait ce sont des constatations purement matérielles qu'il s'agit d'établir ; dans les questions d'opportunité, ce qui domine c'est l'élément psychologique, l'appréciation de l'effet que produit une règle de conduite dans un milieu humain déterminé. Le Conseil d'Etat est parfaitement compétent sur les questions de fait, il apprécie, à sa guise, l'existence des faits et la qualification juridique qu'on leur doit donner. Cette question a été résolue, dans ce sens, à plusieurs reprises, et elle est en dehors de toute controverse sérieuse (2).

(1) V. exemple de cette confusion dans les conclusions de M. Romieu sur l'arrêt du 28 déc. 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, *Revue du D. P.*, 1907, p. 37-8 et p. 54-5.

(2) V. note Jèze sur l'arrêt du 13 mai 1910, Dessay, *Revue du D. P.*, 1911, p. 286-291 (il s'agit du caractère de l'infirmité contractée par un militaire) ; 7 mars 1913, Lhuillier, *Journal du droit administratif*, 1913, p. 234 (une tour d'église menace-t-elle

Le terrain étant ainsi déblayé de difficultés de problèmes voisins, mais entièrement distincts, il s'agit d'aborder en elle-même la question du contrôle juridictionnel de l'opportunité des actes administratifs. Je remarquerai encore que le domaine des questions d'opportunité et celui d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration sont pour moi identiques et j'emploie les deux expressions courantes sans attribuer un sens différent à chacune d'elles. Je prendrai pour point de départ la définition que M. Michoud a donnée dans l'étude citée : « Il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit » (p. 10). Etant d'accord avec l'auteur de cette définition sur la formule qu'il donne, je ne peux pas, pourtant, le suivre dans l'application qu'il en fait au cours de son ouvrage. Il affirme d'abord que le pouvoir discrétionnaire ainsi défini n'existe pas, s'il y a une règle de droit, quel qu'indéfini que soit d'ailleurs le contenu de cette règle, pouvant laisser la liberté de mettre sous l'abri de ses termes vagues ce qu'il plaira de faire à l'administrateur qu'elle devrait guider. Et cette affirmation une fois faite, M. Michoud en tire des conséquences les plus extrêmes, comme pour prévenir le lecteur qui voudrait le suivre du péril qu'il rencontrera sur ce chemin. Sans pouvoir contester une à une toutes les hypothèses que

ruine ?) ; 11 juin 1909, Servois, Guyot de Villeneuve et autres, S., 1910, III, 114 et note Hauriou (fixation des rivages de la Loire).

M. Michoud examine et où, malgré l'indétermination complète de la règle de droit, il ne voit aucun pouvoir discrétionnaire (ce qui lui permet, d'ailleurs, concilier sa seconde thèse de l'incontrôlabilité par la juridiction administrative des actes du pouvoir discrétionnaire avec la réalité qui fournit un grand nombre d'espèces, où le Conseil d'Etat statue, de toute évidence, sur les questions d'opportunité), je me contenterai d'en envisager deux, particulièrement probantes de la méprise que je signale. En parlant (p. 34 à 37) d'un arrêt Marc de 1908, qui appartient à la série de décisions dans lesquelles le Conseil d'Etat examine une à une les différentes dispositions de règlements sanitaires et se prononce sur leur conformité au Droit, M. Michoud prétend qu'il n'y a là aucune question d'opportunité à résoudre puisqu'il s'agit de poser une limite au pouvoir de réglementer dans l'intérêt de l'hygiène, en s'inspirant des droits privés des propriétaires intéressés. Il est juste que le Droit est essentiellement régulateur des pouvoirs humains qui viennent en contact et souvent se heurtent énergiquement, mais, dans le cas dont il s'agit, cette délimitation opérée par le Conseil d'Etat est-elle vraiment déterminée par la règle légale qui a certainement voulu réaliser ici une conciliation de deux intérêts contraires en présence, sans en donner toutefois une formule précise ? Il est évident qu'il n'en est rien : ce sont les juges eux-mêmes qui font cette délimitation, nécessairement variable suivant les progrès des connaissances et des appareils techniques en matière d'hygiène.

C'est donc d'une contradiction avec sa définition propre du pouvoir discrétionnaire que M. Michoud se rend ainsi coupable, puisque les juges administratifs agissent ici avec la plus grande indépendance, comme l'ont fait, d'ailleurs, les administrateurs ayant procédé auparavant à la même délimitation. Une autre espèce importante c'est le célèbre arrêt Casanova, par lequel le Conseil d'Etat a inauguré la recevabilité du recours du contribuable contre les dépenses communales prétendues illégales. Cet arrêt, en annulant la délibération attaquée qui organisait la gratuité de soins médicaux pour tous les habitants de la commune, a réservé la possibilité d'organiser un service pareil si certaines conditions (qu'il s'est abstenu de préciser pour en rester, sans restriction aucune, juge dans l'avenir) se trouveront réalisées. L'appréciation d'opportunité est ici en quelque sorte flagrante (1), et il est vraiment surprenant de lire l'essai de M. Michoud (p. 83-4 de son étude) de prouver qu'il y a là purement et simplement l'application d'une règle de droit. L'auteur cité invoque ici cette raison que le Conseil d'Etat a posé lui-même dans

(1) Le Fur, *Revue gén. d'adm.*, 1911, t. I, p. 390. « Or, on peut dire que l'appréciation des circonstances exceptionnelles, c'est la formule même de l'opportunité. Bien que telle entreprise ne soit pas contraire à la loi, à une loi précise du moins, sinon la question ne se poserait pas, elle pourra être interdite à raison de circonstances particulières, en un mot comme inopportune. Mais l'appréciation de ces circonstances, au lieu d'être faite comme auparavant par l'administration active, le sera désormais par le Conseil d'Etat.

son arrêt la règle de conduite qu'il faut adopter en cette matière : illégalité d'un service pareil, sauf circonstances extraordinaires. Les circonstances extraordinaires ne laissent, dit-on, aucune question d'opportunité à résoudre puisqu'elles sont prévues elles-mêmes par la règle de droit en question. La faiblesse de ce raisonnement est trop évidente pour qu'il soit nécessaire d'insister. D'abord cette règle de droit c'est le Conseil d'Etat qui l'a posée lui-même, ensuite, ce qu'elle signifie au juste — c'est lui seul qui pourra le dire. Il y a donc une question d'opportunité à résoudre non seulement en cas d'absence totale d'une règle de droit (ce qui serait, d'ailleurs, d'une application très rare et ce qui n'est pas réalisé même dans les hypothèses que M. Michoud cite lui-même comme exemples du pouvoir discrétionnaire — par exemple, dans les mesures générales de police qui ont une base légale, quoique très imprécise), mais aussi s'il y a une règle de droit formulée d'une façon si vague qu'elle peut être invoquée dans le sens de chacune de décisions possibles. Il reste vrai, d'ailleurs, comme le dit M. Michoud, que cette liberté d'appréciation d'un agent public, à défaut de toute règle de droit formulée ou en présence d'une règle imprécise, n'est pas réduite au domaine des questions d'opportunité dans l'administration, qu'elle entre aussi, pour une certaine part, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, mais il faut observer que cette liberté d'appréciation juridictionnelle se distingue de la liberté d'appréciation administrative parce qu'elle est teintée par le

caractère spécifique de la fonction juridictionnelle, et notamment elle ne se produit que si la juridiction a été saisie par l'intéressé lui-même, tandis que le pouvoir administratif est seul maître de son initiative, et la liberté d'appréciation, dont il bénéficie, constitue un danger des plus graves pour les administrés (1).

Jusqu'à présent, je me suis occupé de ce qu'on doit entendre par les questions d'opportunité, sans envisager la solution à donner à la question de l'admissibilité de leur contrôle juridictionnel — en France, de leur examen par le Conseil d'Etat. C'est pourtant cette solution qui importe le plus dans cette étude qui envisage les questions d'opportunité au point de vue général qui est le sien — celui des garanties juridictionnelles du droit public. Il est bien évident, en effet, que, suivant qu'on admettra le contrôle juridictionnel de l'administration dans cet ordre d'idées ou qu'on le déclarera inadmissible, on aura créé une situation tout à fait différente aux administrés vis-à-vis d'une partie considérable de l'activité de l'Etat. Dans la deuxième hypothèse, les citoyens se trouveront vraiment à la discrétion complète des agents compétents en ce qui concerne cette catégorie d'actes ; dans l'autre, au contraire, ils pourront espérer que le corps juridic-

(1) Cette différence entre la liberté d'appréciation dans le domaine de 2 fonctions, présentée d'ailleurs d'une façon exagérée, constitue le thème de l'étude du prof. Stier-Somlo, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, citée précédemment.

tionnel, auquel il y a un recours, redressera une partie au moins d'abus que cette absence de limites précises au pouvoir de l'Administration est de nature à faciliter. Il faut constater que la tendance qui domine dans la doctrine française est nettement défavorable à la garantie juridictionnelle des administrés pour ces questions. Elle déclare bien qu'il n'y a plus d'actes discrétionnaires, parce que tous les actes administratifs sont soumis au contrôle juridictionnel en ce qui concerne l'observation de la compétence et des formes, mais elle proclame qu'au point de vue du fond il en est autrement — on constate ici l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ou bien des questions d'opportunité qui doivent échapper à la juridiction administrative (1).

Parmi les auteurs que j'ai cités sur cette question, il n'y a que M. Le Fur et le professeur Tezner (2) qui se pro-

(1) V., en ce sens, L. Michoud, *op. cit.* ; M. Hauriou, note sur l'arrêt du 31 janv. 1902, Grazietti, S., 1903, III, 112, 2^e col. et note sur l'arrêt du 15 nov. 1900, Maugras, S., 1901, III, 58, 2^e et 3^e col. ; G. Jèze, note sur les arrêts du 20 janv. 1911, Porteret, et Pichon, *Revue du D. P.*, 1911, p. 77-8, *chroniques de l'Année administrative*, 1903, p. 302-6 et 1904 p. 173, note 4, *Verwaltungsrecht*, 1913, p. 400 ; F. Moreau, note sur l'arrêt du 18 mars 1904, Commission syndicale de la vallée de Saint-Savin, *Revue du D. P.*, 1904, p. 296-7.

(2) Celui-ci écrit notamment : « Wenn ein Anspruch der Verwaltungsbehörde gegen den Einzelnen nur unter der Voraussetzung als gesetzlich anerkannt werden könnte, dass er auf das für einen bestimmten Zweck Gebotene, auf nicht mehr und nicht Anderes gerichtet ist, dann bedeutet die Behauptung der Zweckwidrigkeit und Überflüssigkeit des Ausgesprochenen nicht bloss eine Läng-

noncent nettement en faveur du contrôle juridictionnel (le dernier auteur avec cette restriction cependant que ce contrôle n'existe pour lui que dans le domaine qui est, en général, soumis, en Autriche, à la juridiction administrative, dont le § 3 de la loi du 22 octobre 1875 sur l'établissement d'une cour de justice administrative paraît avoir exclu les agissements qui ne constituent pas des atteintes aux droits subjectifs publics des citoyens).

Si des auteurs nombreux qui font autorité en droit administratif se prononcent contre le contrôle juridictionnel des questions d'opportunité, il ne faut pas croire qu'ils le font uniquement par force d'inertie qui nous fait si souvent répéter les solutions que nous trouvons chez nos prédécesseurs sur un certain terrain. Il y a, au contraire, des arguments sérieux qu'ils invoquent et dont la portée doit être examinée à cette place. J'en retiendrai ici deux qui paraissent avoir une force décisive dans la pensée de leurs auteurs. Ils invoquent, d'abord, la volonté du législateur (2), et, ensuite, la nature même des choses (2).

nung der Zweckmässigkeit und Notwendigkeit des Beanspruchten, sondern mittels derselben Lägung der Gesetz- und Rechtmässigkeit des Anspruches ». *Zur Lehre vom freien Ermessen*, p. 101. V. dans le même sens, p. 15-16, 93-4, 101 et 103-4 du même ouvrage et aussi dans l'article plus récent du *Verwaltungsarchiv* (t. IX), p. 608-9 (où l'auteur réserve la grande précaution dont doit s'entourer la juridiction administrative pour ne pas gêner, malgré le contrôle sur ce point, le fonctionnement de l'administration).

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 20-1.

(2) *Op. cit.*, p. 28-9.

Si le législateur ne s'est prononcé avec une précision qu'on pourrait souhaiter de lui, c'est qu'il a voulu affirmer par là sa propre incompétence de régler la matière en question et donner les pouvoirs les plus larges à l'Administration, placée par la nature de sa fonction dans une situation qui lui permet de solutionner les difficultés qui se présenteront d'une façon satisfaisante. Je concède qu'il y a une grande part de vérité dans la première partie de cette affirmation : il paraît, en effet, fort vraisemblable, que l'imprécision dont s'est rendu coupable le législateur dérive de l'impossibilité de fait dans laquelle il se trouve de formuler les préceptes susceptibles de régler les détails de l'action administrative. Mais la seconde partie de l'argument me paraît dépourvue de toute valeur : de ce que le législateur n'a pu formuler des règles d'une précision complète, il me paraît inadmissible de conclure qu'il a voulu laisser ces questions à l'appréciation libre de l'Administration de façon à supprimer tout contrôle placé en dehors de celle-ci, entre les mains d'une juridiction.

La déduction ne s'impose en aucune façon. Et serait-elle exacte, il y aurait une autre question à résoudre, autrement grave celle-ci : s'il est admissible qu'on s'incline ici devant l'autorité du législateur, et s'il n'est pas préférable de considérer que la coutume et la jurisprudence, s'inspirant des besoins de la vie sociale, peuvent écarter une règle légale et lui substituer une autre, plus adaptée à ces besoins et plus conforme à cette conscience collective du Droit qui est, en dernière analyse, sa source

suprême. C'est le grand problème des sources du droit qui a été posé récemment devant l'opinion des juristes en France par les ouvrages de M. F. Geny (1) et que je me contente de signaler à cette place. Si on rejette purement et simplement la considération, tirée de la volonté du législateur, il reste l'autre qui se rapporte à la nature des choses. Elle consiste à dire qu'il faut à toute fonction un organe qui lui soit adapté, que la liberté est le principe de toute administration publique, chargée de faire valoir incessamment l'intérêt général dans les variations qu'il subit et avec les tempéraments qu'impose la nécessité de tenir compte des intérêts particuliers qui viennent de heurter l'intérêt général, qu'il y a, enfin, une certaine ligne politique à faire prévaloir dans l'activité administrative, et cette ligne ce sont les agents administratifs supérieurs qui peuvent seuls l'indiquer à leurs subordonnés. En ce qui concerne cette considération, il faut procéder avec plus de circonspection. Le besoin de laisser les agents administratifs maîtres, dans une certaine mesure, de leur activité est, en réalité, une nécessité de la vie politique moderne qui leur a imposé des fonctions très nombreuses et très diversifiées.

Mais le besoin d'une garantie véritable du Droit est un autre produit de l'agrandissement du rôle social de l'ad-

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, oct. 1899, p. 100-110 et p. 338-366 ; *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, chap. 1. « Ce qui est acquis, ce qui reste à faire », et particulièrement, p. 36-39.

ministration. Il faut donc opérer une conciliation, sans compromettre aucun de deux besoins en présence. Il me paraît que l'admission du contrôle juridictionnel sur les questions d'opportunité administrative n'est pas contraire à cette conciliation, et puisqu'elle est nécessaire à la protection efficace du Droit (1), elle doit être une règle dans le système perfectionné des garanties juridictionnelles. Il faut remarquer que le juge administratif est justement prédisposé par sa connaissance de l'administration et par son indépendance personnelle à opérer cette conciliation dont j'ai parlé tout à l'heure. Puisqu'il est lui-même fonctionnaire de l'Etat, il est insoutenable de supposer qu'il ira systématiquement à l'encontre de cet intérêt général que celui-ci est censé de réaliser. Il y a une réserve nécessaire qui s'impose à lui en vue d'assurer la liberté nécessaire à l'Administration, et il est tout naturel de supposer que le grand nombre des affaires et l'impossibilité de pénétrer complètement les détails pratiques dont il est plus éloigné que l'administration active lui imposeront une ligne de conduite en ce sens. La conscience du caractère de sa mission (qui est le contrôle de l'Administration

(1) Pour voir ce qui se cache souvent derrière les « questions d'opportunité » qui font incursion même dans le domaine juridictionnel, il est fort utile de lire les dépositions à la commission parlementaire d'enquête sur la remise de l'affaire Rochette (les journaux du 21 mars 1914), et particulièrement la déposition du président de la Chambre des appels correctionnels à la Cour de Paris, où le terme même « question d'opportunité » est employé plusieurs fois.

au point de vue du Droit et non pas l'action administrative elle-même) est un autre mobile de nature à accroître encore cette prédisposition naturelle du juge — de laisser, en cas de doute, les choses à leur cours normal (qui est, en droit administratif, l'initiative et l'action libre de l'Administration) au lieu de détruire les actes administratifs dont le respect est, en principe, son devoir (1).

III

La question de l'admissibilité du contrôle juridictionnel étant ainsi résolue sur le terrain doctrinal, il faut l'aborder maintenant par un autre côté, où la recherche est plus délicate, par le côté de la pratique jurisprudentielle. Il est incontestable que, s'il s'agit d'un problème si grave, il n'y aurait pas lieu de reculer, même si on trouvait qu'en fait la jurisprudence française n'est pas conforme au principe que je viens d'affirmer, d'autant plus qu'il y a des forces considérables — la répugnance plus ou moins manifeste des hommes politiques et la résistance de tout le mécanisme administratif — qui agissent

(1) On trouvera la preuve de ce que les faits confirment l'existence de cette disposition naturelle du juge à se montrer réservé en face des autres pouvoirs publics dans l'étude de M. F. Larnaude sur l'inconstitutionnalité des lois aux Etats-Unis, *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. XXXI, 1901-2, p. 198-9 et p. 201-2.

en ce sens, qui s'opposent à la réalisation de ce postulat. Cependant, l'état de la jurisprudence actuelle, très nuancée et très complexe sur ce point, ne permet pas d'affirmer que, même sur le terrain de la pratique, il y ait tout à faire pour aboutir à un contrôle juridictionnel des questions d'opportunité. Il y a déjà des progrès considérables réalisés dans cet ordre d'idées qui laissent entrevoir la possibilité de la réalisation complète du desideratum doctrinal en question. Je commencerai par l'indication des matières, dans lesquelles le contrôle d'opportunité me paraît, aujourd'hui déjà, être réalisé en jurisprudence, et je passerai ensuite aux autres domaines, plus ou moins réfractaires à ce contrôle, pour indiquer quels sont les moyens juridiques à l'aide desquels il tend déjà à s'implanter dans les matières de cette dernière catégorie (1).

La première de ces matières déjà actuellement soumises au contrôle de l'opportunité par la voie juridictionnelle, c'est la police des cultes. On doit avoir toujours dans l'esprit, quand on envisage cette matière, la grande importance politique de la question qui a soulevé, à l'occasion de l'application de la Loi du 9 décembre 1905, des passions violentes jusqu'aux villages les plus reculés d'un pays fort divisé au point de vue de ses croyances, comme l'est la France contemporaine. Le Conseil d'Etat s'est mis ici à envisager les circonstances telles qu'elles se présen-

(1) V. une revue à peu près complète des questions d'opportunité qui se présentent dans l'administration dans Michoud, *op. cit.*, p. 58-76.

tent dans chaque localité déterminée, à concilier l'intérêt que possèdent les fidèles à la pratique publique de leur culte avec celui de la population indifférente au point de vue religieux, et plus ou moins hostile aux cérémonies cultuelles qui débordent dans la vie publique. En résumé, avec cette réserve qui s'impose au juge en face des décisions administratives dont il a le contrôle, le Conseil d'Etat a assumé avec une grande netteté la solution de ces questions qu'aucune règle précise d'une loi n'a pas entreprise. Je cite une partie de considérants d'un arrêt important qui indique que le Conseil d'Etat se rend parfaitement compte du rôle qu'il accomplit : « Il appartient au Conseil d'Etat, saisi par un recours pour excès de pouvoir, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi... ; cons. qu'il résulte de l'instruction que, dans la ville de Sens, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre... d'interdire aux membres du clergé, revêtus de leurs habits sacerdotaux d'accompagner à pied ces convois [funèbres], conformément à la tradition nationale... » (19 février 1909, abbé Ollivier et autres, S., 1909, III, 36 avec les conclusions de M. Chardenet). Et cet arrêt n'est qu'un échantillon particulièrement expressif d'une série très nombreuse d'arrêts relatifs aux

cérémonies cultuelles sur la voie publique. Dans toutes les hypothèses (sauf les processions, où une tradition, remontant à la période du Consulat, et s'inspirant, d'ailleurs, d'un texte législatif — Loi du 18 germinal an X — a fait admettre jusqu'à l'heure actuelle la légalité d'une interdiction générale, sans que le Conseil d'Etat procède à un examen minutieux des circonstances) le contrôle de l'opportunité de la réglementation dans un sens déterminé se trouve réalisé (1).

Une matière tout à fait voisine a suivi celle des cérémonies cultuelles, — ce sont les mesures de police prises en vue de la circulation sur les voies publiques. Il s'agit ici le plus souvent des sorties des sociétés musicales, parfois des sociétés de gymnastique — formes de groupe-

(1) 12 mai 1911, abbé Bourguignon, *Rec.*, p. 599 ; 24 nov. 1911, Seubes, *Rec.*, p. 1085 ; 15 déc. 1911, de la Celle, *Rec.*, p. 1200 ; 6 août 1912, abbé Thiébaud, *Rec.*, p. 967 ; 8 avril 1911, Gaston David, *Rec.*, p. 462 (avec conclusions Corneille) et abbé Anselme, *Rec.*, p. 464 ; 2 août 1907, abbé Garcin, et 14 fév. 1908, Valette, S., 1909, III, 3, avec note Hauriou ; 12 janv. 1912, abbé Hugot, et abbé Charmon, *Rec.*, p. 32 ; 29 mars 1912, Chauvières, *Rec.*, p. 446 ; 19 mars 1909, abbé Deguille c. maire de Saint-Florent, S., 1909, III, 99 ; 22 nov. 1912, abbé Plisson, *Journal du droit adm.*, 1913, p. 9. La même pratique de l'examen au point de vue de l'opportunité a été adoptée à l'égard des mesures de police des cultes autres que celles relatives aux cérémonies sur la voie publique, 21 janv. 1910, Gonot, S., 1910, III, 36 avec conclusions Saint-Paul (il s'agissait de l'élévation d'une croix de grandes dimensions sur une concession de cimetière, croix placée dans un lieu particulièrement visible et avant toute inhumation, ce qui pouvait conférer au fait le caractère d'une manifestation religieuse).

ment exploitées par les différents partis politiques ou religieux, où, par conséquent, les mêmes passions véhémentes se sont manifestées avec une force considérable (1).

Restant toujours dans le domaine de la police qui, par suite de l'indétermination presque complète des règles légales qui s'y appliquent, présente le danger particulièrement grave d'abus des agents publics, soit qu'il s'agisse des mesures générales qu'ils prennent, soit de leurs actes individuels, nous trouvons une autre réalisation du contrôle juridictionnel des questions d'opportunité dans la police de salubrité. Pour les mesures réglementaires sanitaires on trouvera ce contrôle particulièrement développé dans les arrêts suivants : 5 juin 1908, Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la ville de Paris [c'est l'espèce sur laquelle j'ai raisonné précédemment, à la suite de M. Michoud, pour rechercher s'il y a ici une question de droit au sens strict du mot ou bien une question d'opportunité], Gavignot et même Chambre, Verny et

(1) 3 fév. 1911, Boillot, *Rec.*, p. 134 ; 8 avril 1911, Puntous, *Rec.*, p. 463 ; 10 novembre 1911, Société de tir et de préparation militaire *Les Alpins*, *Rec.*, p. 1000 ; 21 juin 1912, Fanfare *La Libérale*, *Rec.*, p. 690 ; 12 mai 1911, Collinet, *Rec.*, p. 558 ; 17 avril 1911, Lyre de Saint-Pourçain, *Rec.*, p. 432 ; 28 juillet 1911, Société musicale *La Fraternelle*, *Rec.*, p. 884 ; 10 mars 1911, Bourgoin, *Rec.*, p. 286 ; 27 mai 1910, Pellet-Doyen, S., 1912, III. 148. A la police de la circulation se rattachent encore les restrictions, par voie générale, imposées aux véhicules commerciaux : voitures ou charrettes, mesures qu'on juge parfois inutiles au point de vue de l'ordre public 3 février 1911, Legros, *Rec.*, p. 133 ; 13 juin 1913, Castillon du Perron, *Journal du droit adm.*, 1913, p. 448.

Chambre syndicale des hôteliers de Paris, S., 1909, III, 121 avec conclusions Teissier et note Hauriou ; 24 février 1911, Mathieu et Association des propriétaires et locataires de la ville de Reims, *Rec.*, p. 233 ; 22 avril 1912, d'Andoque de Serièges, *Rec.*, p. 592 ; 28 novembre 1913, Guérard, *Journal du droit administratif*, 1914, page 90. La même attitude, quoique avec plus de réserve, s'est manifestée aussi en ce qui concerne les mesures individuelles dictées par un intérêt sanitaire (1).

Enfin, la police de sécurité et la police des mœurs présentent aussi des exemples nombreux et fort variés de la même pratique : fêtes locales et réjouissances diverses (2), débits de boissons (3), bêtes et cultures dangereuses (4), sonneries de cloches en cas d'épidémie (5), mesures dirigées contre les excès de la prostitution (6) — tout ceci passe successivement par l'examen détaillé des raisons, susceptibles de justifier les différents actes administratifs (relatifs à ces matières), qu'on défère au Conseil d'Etat.

(1) 5 juillet 1912, douar Beni-Kaïd (com. de Djidjelli) *Rec.*, p. 776 ; 30 juin 1911, veuve Coquillard, *Rec.*, p. 765 ; 31 juill. 1908, Sécher, S., 1911, III, 11.

(2) 14 janv. 1910, Géraud, S., 1912, III, 88 ; 7 juin 1912, Commune de Levroux (Indre), *Rec.*, p. 640 ; 7 août 1911, Jean Dasque, *Rec.*, p. 968.

(3) 24 févr. 1911, Debril, S., 1913, III, 118.

(4) 16 févr. 1912, Gay-Lussac, *Rec.*, p. 220 ; 15 mars 1912, Margnien, *Rec.*, p. 374.

(5) 15 mars 1912, abbé Meurgey, *Rec.*, p. 372.

(6) 16 avril 1913, Laugier et autres, *Journal du droit adm.*, 1913, p. 347 ; 22 nov. 1912, Chambre syndicale des hôteliers de Paris, *Journal*, 1913, p. 60 ; 3 mai 1912, demoiselle Maraval, *Rec.*, p. 515.

Les mesures de surveillance de l'Etat sur le fonctionnement des corps décentralisés, ce qu'on appelle couramment « actes de tutelle administrative », constituent une nouvelle catégorie d'actes donnant lieu au contrôle juridictionnel de l'opportunité. L'attention a été attirée déjà depuis longtemps sur l'étendue particulièrement large des pouvoirs du Conseil d'Etat en cette matière (1), tellement le fait a été ici frappant. Il faut rapprocher ici de l'arrêt Casanova, Canazzi et autres (dont j'ai parlé déjà antérieurement) du 29 mars 1901 (S., 1901, III, 73 avec note Hauriou) les arrêts du 26 juillet 1907, Espagnol et autres, S., 1910, III, 3 et du 24 février 1912, Pech, *Rec.*, p. 251. Tous les trois sont relatifs à l'organisation des soins médicaux gratuits au profit de tous les habitants d'une commune, organisation qui peut être licite, si certaines circonstances locales justifieront cette mesure dépassant le cadre des attributions normales des communes.

Une autre espèce intéressante de la même catégorie c'est l'arrêt du 1^{er} février 1901, Descroix et autres, boulangers de Poitiers, *Revue générale d'administration*, 1901, II, 37 (et note Hauriou, S., 1901, III, 45). Ces décisions sont si nettes dans leurs solutions que d'autres arrêts, en sens contraire (2), ne peuvent servir à détruire ce qu'il y

(1) Ces questions ont été le point de départ de l'étude de M. Le Fur sur la désirabilité générale du contrôle de l'opportunité, réalisé par cette voie, v. toute l'étude précitée, et particulièrement, *Revue gén. d'adm.*, 1911, t. I, 385-390.

(2) 14 févr. 1908, Davéo, S., 1910, III, 58 et 2 déc. 1910, Commune de Saint-Malo, S., 1913, III, 118.

a ici de définitivement acquis. Pour résumer l'impression qui s'en dégage il n'y a mieux qu'à citer les observations de M. Hauriou que j'ai mentionné antérieurement comme ayant soutenu, dans plusieurs de ses notes de jurisprudence, la doctrine, dominante en France, de l'inadmissibilité de tout contrôle juridictionnel du moment qu'on touche à une question d'opportunité. Dans sa note sur l'arrêt Descroix, M. Hauriou saisit bien l'esprit de la jurisprudence en cette matière particulière, lorsqu'il écrit notamment : « Si donc le Conseil d'Etat a pu dire que le Conseil municipal de Poitiers était sorti de ses attributions légales [en allouant une subvention à une boulangerie coopérative], ce n'est pas en ce sens qu'il serait sorti des termes d'une énumération légale d'attributions, mais bien plutôt en ce sens qu'il serait sorti des bornes de l'administration municipale envisagée dans sa compétence générale et dans sa fonction, telle que nos lois organiques administratives la comprennent. Mais cette légalité générale qui ne se condense en aucun texte précis, se confond, en réalité, avec la nature des choses, interprétée par les principes généraux de notre régime d'Etat et finalement il s'agit de rechercher si dans la nature des choses ainsi comprise, la fonction administrative municipale comporte l'intervention dans les rapports économiques ou dans quelle mesure elle la comporte » (S., 1901, III, 45, 3^{me} col.) « Ainsi voyons-nous que le Conseil d'Etat sera bien inspiré en réservant pour lui-même cette appréciation de l'opportunité. Il en a vraisemblablement l'intention, et

c'est la seule explication raisonnable de la réserve qu'il fait relativement aux « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient l'intervention des conseils municipaux » (S., 1901, III, 47, 3^e col.).

Si j'arrêtais ici mes citations de jurisprudence, on pourrait soutenir que tous les exemples que j'ai donnés sont relatifs au fonctionnement des services publics locaux (1), en face desquels le Conseil d'Etat s'est montré toujours plus hardi dans ses solutions que dans l'hypothèse, où l'Etat lui-même est en cause par les actes de ses agents directs. Il y a cependant des actes des autorités centralisées qui subissent le même sort de la part du Conseil d'Etat, quoique les exemples, il est vrai, ne sont pas si nombreux (la remarque que je viens d'opposer à la thèse générale que je soutiens marquant, en effet, un trait caractéristique pour l'évolution de la jurisprudence administrative). Dans les affaires retentissantes de manuels scolaires la thèse du contrôle de l'opportunité a été soutenue par M. Georges Pichat, commissaire du gouvernement (2), et si les arrêts du Conseil d'Etat ne l'ont pas encore consacrée eux-mêmes,

(1) D'ailleurs une pareille affirmation pourrait bien être contestée, puisqu'on n'est pas du tout unanime sur la question de savoir si la police municipale est un service local (V. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1910, 6^e éd., p. 199 et la note à la p. 200) et, d'autre part, les actes de surveillance de préfets qu'on attaque souvent avec les délibérations municipales émanent bien des agents du pouvoir central.

(2) Conclusions sur les 3 arrêts du 28 janv. 1911, dame Chaupis, Porteret, Pichon, S., 1911, III, 53, *in fine*.

la raison en est uniquement dans ce fait que les requérants se sont toujours engagés dans les voies juridiques mauvaises. Ils n'ont pas saisi le ministre de l'instruction publique d'une demande d'interdiction, dans toutes les écoles publiques, de livres qu'ils signalaient à son attention, ce qui leur permettrait de recourir ensuite, s'il y a lieu, contre cette décision du ministre au Conseil d'Etat. C'est pourtant M. Pichat qui leur a indiqué cette voie et qui a spécifié en termes nets que le Conseil devra alors examiner les livres attaqués (examen qui implique de toute évidence la solution d'une question d'opportunité au premier chef : les manuels en question violent-ils la neutralité de l'école publique?) (1).

Les pères de famille opposés aux manuels scolaires en

(1) M. Jèze qui a commenté les arrêts en question et les conclusions du commissaire du gouvernement s'est si bien aperçu qu'il s'agit d'une appréciation d'opportunité qu'il a attaqué, pour cette raison, l'opinion de M. Pichat, d'une façon très énergique : « La question de savoir si telles opinions philosophiques blessent ou non la foi catholique, si tels récits d'histoire sont vrais ou faux, tendancieux ou impartiaux, sont de nature à ruiner la foi catholique ou à la fortifier, ou sont neutres, cette question, dis-je, n'est pas du domaine des juristes. Tant que la législation n'en aura pas décidé autrement par une disposition expresse, les principes généraux du droit public français conduiront à soustraire les questions d'ordre philosophique ou scientifique au contrôle du Conseil d'Etat au contentieux » (*Revue du D. P.*, 1911, p. 77-8). Ces principes généraux seraient bien insuffisants s'ils conduisaient, comme l'auteur cité le souhaite, à rendre le ministre de l'instruction publique juge en dernier ressort de la neutralité scolaire, ce serait tout simplement fermer toute voie de droit, nécessaire pour la garantie d'une règle de droit qu'on déclare in-

usage ont attaqué, jusqu'à présent, soit les décisions d'exclusion des élèves (à raison de leur refus de se servir des manuels incriminés par leurs parents), soit les refus d'indemnité à l'occasion de cette exclusion, soit, enfin, s'ils ont demandé l'interdiction des livres eux-mêmes, ils ne l'ont pas demandée comme mesure générale — seule façon pourtant dont le ministre pourrait la prononcer (1).

Une autre tendance vers le même contrôle s'est manifestée dans la jurisprudence, fort abondante, en matière de dérogations au repos hebdomadaire. On doit admettre la demande en dérogation, si le repos collectif du personnel le dimanche est « préjudiciable au public ou compromet le fonctionnement normal de cet établissement » (formule de l'art. 2 de la Loi du 13 juillet 1906). Il y a aussi des questions de fait qui se présentent à l'occasion de l'application de cette loi, telle, par exemple, la question de l'extension de la dérogation accordée aux établissements de la même localité et s'adressant à la même clientèle — où il reste à vérifier cette double identité qu'invoque le demandeur de dérogation. Mais la dérogation qu'on demande pour la première fois dans une localité et pour une catégorie de commerce déterminée nécessite l'examen

tangible. En réalité, le droit public français est, en cette matière, un droit jurisprudentiel et il me semble avoir prouvé qu'il s'oriente dans une direction toute différente.

(1) V., en outre des arrêts déjà cités, 17 janv. 1913, Lachaize, *Rec.*, p. 91 et Association des familles de Gamarde-les-Bains, *Revue du D. P.*, 1913, p. 74.

de psychologie économique d'un groupe humain (« ce qui est préjudiciable au public », « ce qui compromet le fonctionnement normal de cet établissement »), or, j'ai adopté précisément la nécessité d'une recherche pareille, essentiellement complexe, comme le critérium distinctif des questions d'opportunité en face des questions de fait (1).

Je laisse de côté d'autres matières, où on peut apercevoir des solutions données par le Conseil d'Etat aux questions d'opportunité (par exemple les recours contre les élections, fondés sur les manœuvres électorales, où la juridiction administrative apprécie l'influence des faits invoqués sur la sincérité du scrutin), pour aboutir à une conclusion générale. Il me paraît démontré qu'il y a, dès aujourd'hui, des hypothèses très nombreuses, où la juridiction administrative contrôle le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Il serait tout à fait inutile de m'opposer d'autres catégories d'actes administratifs, où, au contraire, le Conseil d'Etat se refuse d'examiner les questions d'opportunité qu'on veut lui soumettre (par exemple s'il s'agit de l'utilité d'un travail public, du transfert du siège d'une

(1) La question discutable (envisagée dans le chap. 1) de savoir si le recours au Conseil d'Etat contre les arrêtés préfectoraux correspond à une situation de droit objectif ou bien à un droit subjectif du requérant est ici sans importance, du moment qu'il s'agit de contrôler un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, ici le pouvoir du préfet d'accorder ou de refuser la dérogation demandée, la loi du 13 juillet 1906 ayant déclaré que la dérogation est de droit dans certaines hypothèses, mais n'ayant pu déterminer ces hypothèses avec une précision suffisante.

fonction publique, du classement de candidats aux emplois réservés, etc.).

Ce que je soutiens en cette matière, ce n'est pas, en effet, que, dans tous les cas possibles, le contrôle juridictionnel d'opportunité fonctionne en fait, je me contente de prouver qu'il y a des cas où ce contrôle se trouve réalisé, sans dissimuler, d'aucune façon, que ce n'est pas complètement qu'il triomphe à l'heure actuelle, qu'il y a des progrès considérables à réaliser dans cette voie. Je ne considère pas que le résultat ainsi énoncé soit en contradiction avec le caractère général du recours pour excès de pouvoir qui est une voie de droit pour soumettre à un tribunal spécial la conformité au Droit des actes administratifs. J'ai remarqué, dès le début de ce chapitre, que je ne suis pas disposé à réduire le terme « règle de droit » au sens d'une règle de loi, comme on le fait encore couramment en France. Je lui donne une signification beaucoup plus large, faisant rentrer sous cette dénomination des règles de conduite obligatoires qui apparaissent d'une façon moins solennelle — les règles coutumières, jurisprudentielles et même celles qui, par l'usage qu'en font les catégories humaines auxquelles elles se rapportent, acquièrent peu à peu, grâce à leur conformité aux besoins de la vie sociale qui les ont engendrées, le caractère impératif. Or, la pratique administrative et plus encore la pratique jurisprudentielle fixe d'une certaine façon les préceptes à suivre dans les questions qui nous préoccupent ici, elles stabilisent donc les règles de conduite qui,

placées sous la sauvegarde d'une juridiction véritable, sont de nature à acquérir le caractère de règles juridiques. C'est donc, en réalité, un droit naissant qu'on a voulu, à tort, rejeter en dehors du domaine juridictionnel (1).

IV

Je n'ai pas parlé, dans tout le cours de ce chapitre, d'un chef d'annulation fort connu du recours par excès de pouvoir, et même célébré comme une conquête extrême sur l'arbitraire de l'administration, poussant jusqu'à la frontière de l'impossible le contrôle juridictionnel de ses actes — on l'appelle le détournement de pouvoir (2). Les observations que je viens de présenter sur le contrôle de l'opportunité et sa réalisation actuelle dans une sphère déjà importante feront certainement douter du mérite trop grand qu'on a voulu attribuer à cette institution ju-

(1) Il faut consulter sur ce problème de source du droit extralégales l'ouvrage déjà cité de M. Geny, *Méthode d'interprétation et sources, passim.*, et surtout le chapitre *La libre recherche scientifique*, p. 457 et suiv. On trouvera des applications intéressantes de théories juridiques, auxquelles la nature des choses sert seule de base positive, dans l'ouvrage, si rigoureux pourtant au point de vue de la méthode, d'Otto Mayer (que j'ai cité précédemment), par exemple t. II, p. 8-10, p. 137-8, t. III, p. 117-118, p. 193, p. 197.

(2) V. Michoud, *op. cit.*, p. 84 à 105 ; H. Ebrén, *Théorie du détournement de pouvoir*, thèse de Lyon, 1901.

ridique, d'ailleurs, intéressante en elle-même. La théorie du détournement de pouvoir se rattache par un lien intérieur à celle du pouvoir discrétionnaire, et ce sont précisément les auteurs qui repoussent avec la plus grande vigueur le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, qu'on retrouve parmi les encenseurs du détournement de pouvoir. Ayant refusé aux garanties juridictionnelles le champ d'application beaucoup plus vaste que je leur assigne, ils sont forcés d'attirer le maximum d'attention sur cette immixtion circonspecte de la juridiction administrative dans le domaine des questions d'opportunité, qu'ils déclarent tout à fait suffisante. En quoi consiste au juste le détournement de pouvoir ? C'est, dit-on, la violation du but que la loi assigne à une fonction ; dans la mesure où elle a donné à l'administrateur un pouvoir d'appréciation très étendu, c'est ce but, formulé expressément ou bien déduit de la nature même de la fonction, qui demeure comme une espèce de palissade en dehors de laquelle tout pas de l'agent administratif devient illégitime. Si on veut se rendre plus exactement compte de ce que signifie en fait cette théorie, c'est à la pratique du Conseil d'Etat au contentieux qu'il faut s'adresser. On trouvera alors que la méthode, par laquelle celui-ci procède en cette matière, consiste à faire des éliminations de certaines préoccupations en dehors du but qu'on croit assigné au pouvoir de l'administrateur qu'on examine, et à annuler les actes administratifs qui sont dictés par ces préoccupations. La distinction entre cette façon de procéder et le

contrôle de la sphère des questions d'opportunité est donc très nette. Dans cette dernière hypothèse, c'est tout le domaine du pouvoir discrétionnaire qui se trouve perquisitionné par la juridiction administrative qui garde son pouvoir d'appréciation sur les problèmes qu'elle peut y rencontrer ; dans le détournement de pouvoir, au contraire, l'immixtion est plutôt négative — on déclare que certaines préoccupations sont étrangères à un pouvoir administratif déterminé, on sévit contre ce qui est dicté par ces préoccupations précises, mais on laisse en pleine liberté tout ce qui se trouve en deçà d'une ligne idéale ainsi tracée. La théorie du détournement de pouvoir ainsi présentée est d'une nature un peu indécise : les adversaires du contrôle juridictionnel de l'opportunité y voient une des applications, la plus pénétrante certainement, du contrôle de la légalité dans l'administration (1) ; c'est d'une limite de pouvoirs que procède l'intention même du législateur, et c'est ce dont il s'agit ici dans leur opinion. Malgré la circonspection considérable qui caractérise ce procédé, je préfère y voir un essai, peu développé encore, du contrôle juridictionnel de l'opportunité administrative. Dans la notion de l'opportunité, à laquelle je me suis rallié, rentre toute question qui ne peut être résolue à l'aide d'une règle légale, développée et appliquée dans son esprit : or, ici, ce n'est pas d'une règle légale que la juris-

(1) Tel est notamment le point de vue de M. Michoud, et il est contenu implicitement dans les développements de tous les autres partisans de cette opinion.

prudence déduit les préoccupations diverses qu'elle déclare incompatibles avec le but du pouvoir administratif, c'est plutôt de la nature de la fonction envisagée en elle-même et confrontée avec les résultats sociaux qu'elle doit produire. Ce caractère distinctif de la théorie examinée en ce moment, grâce auquel elle se trouve au seuil de l'examen de l'opportunité administrative, quand on est sorti déjà du domaine de la légalité proprement dite, nous fera saisir pourquoi a-t-elle trouvé son terrain d'application principal dans les catégories d'actes administratifs qu'il nous reste maintenant à envisager.

Ce sont d'abord les décisions administratives relatives à la situation fonctionnelle des agents centralisés et aux sanctions à l'égard des agents décentralisés. On comprend ici, qu'en se trouvant en face de décisions par lesquelles les chefs hiérarchiques agissent sur le recrutement, sur l'avancement, sur l'élimination de personnes chargées d'exécuter leurs projets ou bien par lesquelles les agents de l'Etat maintiennent les agents des unités territoriales qui lui sont subordonnées dans le respect de bornes de leur activité, la juridiction administrative ait hésité à faire elle-même l'examen minutieux de motifs qui ont dicté ces décisions, qu'elle se soit déclarée d'abord totalement incompétente en ces matières, qu'elle ait élaboré ensuite la théorie du détournement de pouvoir, destinée à éliminer les abus flagrants qui peuvent se produire ici, tout en laissant à l'administration active la plus grande portion de son pouvoir d'appréciation. Donc,

s'il s'agit de nominations et de révocations des fonctionnaires, de leur avancement ou des mesures disciplinaires à prendre vis-à-vis d'eux, c'est l'indépendance complète des autorités compétentes du contrôle de la juridiction administrative qui reste la règle (au point de vue du fond de décisions, — la compétence et les formes sont, bien entendu, soumises à ce contrôle). Des conseils spéciaux peuvent être établis, s'il s'agit de prendre les mesures disciplinaires graves, leur avis devient même, de plus en plus, obligatoire à prendre — mais le droit qui s'y élabore échappe à l'examen du Conseil d'Etat, c'est une réglementation à part qui ne rentre pas dans l'étude actuelle. Ce qui est annulable par la voie juridictionnelle c'est l'usage des pouvoirs en question en vue d'un but étranger à leur destination légale.

Ainsi, l'admission d'office à la retraite d'un officier ne peut être un prétexte pour s'en débarrasser, quand on lui reproche une faute de service, qui se trouve réprimée sans qu'une possibilité soit donnée à l'intéressé de présenter ses moyens de défense, l'admission à la retraite, discrétionnaire qu'elle est, devant rester distincte de la répression disciplinaire pour laquelle la législation a organisé une procédure spéciale (19 juin 1903, Ledochowski, *Année administrative*, 1903, p. 295). De même, si la peine disciplinaire infligée à un agent de police a été dictée par les raisons de vengeance personnelle et prise à l'occasion de l'exercice parfaitement régulier de ses fonctions (16 nov. 1900, Maugras, *Revue gén. d'adm.*, 1901, I, 168

avec note Le Goux et note Hauriou, S., 1901, III, 57) — l'annulation est prononcée. Le détournement de pouvoir existe encore, si le refus de nommer un quelconque de candidats présentés par un avoué pour lui succéder dans son office a pour raison déterminante le désir du ministre d'arriver ainsi à la suppression de cet office (22 mars 1901, Roz et Herpin, S., 1902, III, 1, avec note Hauriou) ou bien si l'exclusion d'un des candidats d'un concours en vue de recrutement d'une fonction publique (en espèce, l'agrégation de l'enseignement secondaire) serait dictée par des préoccupations étrangères à l'intérêt du service public intéressé (10 mai 1912, abbé Bouteyre, S., 1912, III, 146 avec note Hauriou, *Rec.*, p. 561 avec conclusions Helbronner et la note Jèze, *Revue du D. P.*, 1912, p. 466 et suiv.) La situation est exactement la même s'il s'agit de maires ou de conseils municipaux frappés — il y a incompétence du Conseil d'Etat à connaître du fond de la mesure, l'existence d'un but étranger à la destination présumée de pouvoirs des agents de l'Etat reste la seule cause possible de l'annulation. Ainsi la dissolution d'un conseil municipal a été annulée parce qu'elle a eu pour raison des faits susceptibles d'engager uniquement la responsabilité personnelle de quelques conseillers municipaux ayant pris part à une manifestation nocturne (17 nov. 1911, Le Coq du Tertre, *Rec.*, p. 1048), ce fait que l'élection de la presque totalité de membres du conseil a été annulée (18 janv. 1908, Verdalle, S., 1909, III, 63), ou bien encore les irrégularités des élections du conseil qui ont déjà donné lieu à un re-

cours devant le conseil de préfecture (31 janv. 1902, Grazietti, *Revue gén. d'adm.*, 1902, I, 283 et note Hauriou, S., 1903, III, 113). Toutefois, il faut remarquer qu'en cette matière, le Conseil d'Etat a pris l'habitude de rappeler dans les considérants de l'arrêt le motif précis de cet acte, en indiquant qu'étant ainsi motivé l'acte rentre dans les pouvoirs de l'agent administratif compétent. Cela semble annoncer ici l'apparition prochaine du contrôle juridictionnel de l'opportunité, autrement ce rappel de motifs serait de la prolixité complètement inutile, et, d'ailleurs, inusitée dans les arrêts du Conseil d'Etat (1).

Je citerai ici encore un acte du ministre de la Guerre :

(1) V. ce rappel de motifs en ce qui concerne la suspension ou la révocation des maires et d'adjoints : 17 janv. 1913, Effray-Beaufls, *Rec.*, p. 70 (distraction illégale d'une partie du logement de l'instituteur) ; 15 nov. 1912, Lefèvre, *Rec.*, p. 1042 (manquement au respect dû au chef de la colonie) ; 12 janv. 1912, Lucchini, *Rec.*, p. 31 (emprisonnement pour fraudes électorales) ; 17 mai 1912, Carron, *Rec.*, p. 569 (accusation injustifiée portée contre une enfant assistée) ; 7 juin 1912, Couillaud, *Rec.*, p. 639 (manœuvre électorale) ; 12 juill. 1912, Guillerme, *Rec.*, p. 810 (condamnation de simple police pour tapage nocturne) ; 17 mars 1911, Nourrigat, S., 1913, III, 132 (recouvrement irrégulier des taxes) ; 5 mai 1911, Giraud, S., 1913, III, 133 (refus d'exécuter un arrêté préfectoral). Pour les dissolutions des conseils municipaux, 15 mars 1908, Souet, S., 1910, III, 122 et 18 janv. 1907, Séjourné, Vivien et autres (division en 2 fractions numériquement égales) ; 12 janv. 1912, Mondolini et autres, *Rec.*, p. 36 (condamnation pour fraudes électorales de 14 conseillers sur 16) ; 22 mars 1912, Le Moign, *Rec.*, p. 412 (élection pour la fonction d'adjoint d'un ancien magistrat municipal notoirement inéligible).

ordre de convocation des réservistes pour une période d'exercices, acte célèbre parce qu'il s'agissait de briser par là une grève des employés de chemins de fer. Le Conseil d'Etat s'est engagé dans l'examen de motifs de l'acte, s'il a rejeté le recours pour excès de pouvoir c'est uniquement pour cette raison qu'il y avait des motifs légitimes susceptibles de justifier un pareil acte. Quant à l'appréciation de la valeur de ces motifs dans les circonstances particulières, où cet ordre de convocation a été publié — ce qui serait déjà du contrôle de l'opportunité — l'arrêt dont je parle ne s'en préoccupe pas. Le Conseil d'Etat a constaté notamment que la préoccupation de maintenir la continuité du fonctionnement des chemins de fer, est, même en temps de paix, une raison suffisante pour justifier une mesure de cette nature, le service public en question étant, dans l'état actuel des relations internationales, nécessaire à toute époque à la défense du pays. C'est donc l'absence d'un détournement de pouvoir qui est la solution de cet arrêt, rendu le 18 juillet 1913 (Syndicat national des employés de chemins de fer de France et colonies et Pijoury, *Revue gén. d'adm.*, 1913, II, 465 avec conclusions Helbronner et la note Hauriou, *Pandectes françaises périodiques*, 1914, III, 2, 2^e et 3^e col.). Le Conseil d'Etat, par cette solution, très élégante au point de vue juridique, a démontré qu'il ne veut pas se départir de ses scrupules juridiques à l'occasion même d'un acte d'une importance politique primordiale. Ce qui nous importe ici, c'est l'admission de la théorie du détournement de pou-

voir en matière du fonctionnement de l'armée qui est certainement un des services publics, où le contrôle juridictionnel paraît le plus difficile à introduire.

Enfin, des exemples intéressants d'annulation pour détournement de pouvoir se trouvent en matière d'actes de surveillance du pouvoir central sur l'administration municipale, dans un domaine où ce pouvoir de surveillance apparaît comme le plus nettement discrétionnaire : il s'agit du règlement du budget communal par le préfet. Le Conseil d'Etat a établi que ce pouvoir ne peut pas servir non seulement à un but étranger aux préoccupations d'une loi quelconque, mais même pour forcer la main à une municipalité se refusant d'exécuter un texte législatif. On pose ainsi des cloisons étanches entre les différentes lois au point de vue de mesures qui peuvent être légalement prises en vue de leur exécution. Chacune d'elles a son système propre de moyens d'exécution, tel que le législateur a entendu le réaliser, et le surcroît de pouvoirs administratifs dans une matière ne peut être utilisé pour compenser leur insuffisance dans une matière différente. La loi du 9 déc. 1905 et celle du 2 janv. 1907, qui ont donné occasion à des conflits nombreux entre le gouvernement, chargé de les exécuter, et les municipalités hostiles à la nouvelle politique religieuse, ont créé le champ d'application de la jurisprudence que je signale. Le Conseil d'Etat a annulé des refus d'approbation du budget ou de changements d'office de différentes dépenses locales, mesures qui ont été de-

tinées à ramener les communes, par cette voie indirecte, à l'exécution des lois en question (1).

Le caractère propre de détournement et pouvoir, comme moyen spécial de réaliser partiellement le contrôle juridictionnel de l'opportunité, concorde bien avec la conception objective de cette institution juridique. M. Michoud a remarqué que la façon particulière dont la preuve est admise en cette matière, notamment l'exigence constante de la jurisprudence que l'illégalité du but alléguée, soit prouvée par des pièces officielles (décision attaquée elle-même ou les documents qui l'accompagnent), et la constatation fréquente dans les arrêts d'annulation — non pas du motif précis qui a guidé, dans l'espèce, l'auteur de l'acte, — mais, au contraire, de l'absence de tout motif légitime qui pourrait justifier un acte administratif de cette nature — sont toutes deux orientées dans le sens de saisir plutôt l'illégalité de l'acte lui-même, l'écart qui existe entre lui et un acte normal de la même catégorie, que l'illégitimité de la conduite de son auteur (2).

Suivant cette observation juste, la recherche de diffé-

(1) 13 déc. 1912, Commune de Montlaur, *Rec.*, p. 1194 ; 10 juill. 1908, commune de Randan, *S.*, 1910, III, 150 ; 29 juill. 1910, commune de St-Gilles, et commune de Mont-Lagor, *S.*, 1911, III, 39.

(2) *Op. cit.*, p. 94-99, où l'auteur examine la critique faite par Tezner de la théorie du détournement de pouvoir (cette critique lui reproche surtout d'être une théorie subjective).

rents mobiles des agents administratifs n'est pas elle-même pour rien dans le contentieux de l'excès de pouvoir, elle n'est qu'un moyen d'aboutir à la découverte du caractère véritable de l'acte lui-même qui se trouve éclairé par cette recherche.

CHAPITRE IV

LIMITES DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES AUTORITÉS PUBLIQUES

J'ai examiné jusqu'à présent les différentes applications de garanties juridictionnelles du droit public en France et j'ai essayé de relever avec soin tous les progrès, accomplis dans cette voie, qui aboutissent à encercler en quelque sorte les agents publics dans la sphère de leurs pouvoirs juridiques, en fermant l'une après l'autre les différentes issues par lesquelles les abus auraient pu pénétrer dans le fonctionnement du mécanisme de l'Etat.

Il s'agit d'indiquer maintenant qu'il y a, dans l'état actuel du droit, des limites que ce contrôle juridictionnel ne saurait dépasser. Elles sont de deux espèces différentes : il y a, d'abord, des catégories spéciales d'actes que leurs caractères propres font échapper à ce contrôle, — c'est le cas des actes de gouvernement et aussi des actes législatifs et parlementaires. On trouve ensuite une réserve générale qui s'impose à la juridiction administrative dans toute l'étendue de sa compétence — c'est le respect de

l'initiative de l'Administration, même lorsqu'il s'agit de décisions juridictionnelles qui la concernent.

I

L'existence, en droit positif français, d'une théorie des « actes de gouvernement » est certaine. Il est vrai que cette dénomination n'apparaît pas toujours dans les arrêts du Conseil d'Etat qui se contentent d'une formule plus vague des « actes qui ne sont pas de nature à être déférés au Conseil d'Etat au contentieux », mais il est vain de s'attacher ici au mot, si la chose qu'il exprime est incontestable — or, une jurisprudence ferme, dont la signification véritable a été éclairée plusieurs fois par les conclusions des commissaires du gouvernement, et les auteurs les plus qualifiés — consacrent cette théorie (1). Elle est une des

(1) V. Maurice Hauriou, *Précis*, 8^e éd., p. 77-84, particulièrement note 2 à la page 82 ; R. Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1899, p. 297 et suiv. ; G. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, 1906, p. 41-43 et p. 124-155 ; Maur. Le Courtois, *Des actes de Gouvernement*, thèse de Poitiers, 1899, *passim.*, G. Jèze, *Cours de droit public de 1912-13, Technique juridique du droit public français*, 1913, p. 229 et suiv. Parmi les auteurs que rejettent cette théorie, il faut citer L. Michoud, *Des actes de Gouvernement*, dans les *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, t. I, 1889, p. 263 et suiv., et J. Doucet, *De la notion d'acte de gouvernement et de son application aux matières internationales*, thèse de Grenoble, 1910, pp. 36-39, 43-93 et 216-223.

créations importantes de la jurisprudence administrative, les textes qu'on invoque en cette matière, dans un sens ou dans l'autre, n'étaient point d'une clarté suffisante pour qu'on puisse en déduire des solutions incontestables. Il faut donc laisser de côté ce terrain incertain, sur lequel les auteurs qui s'y sont attardés n'ont pu prouver grand'chose ni par l'analyse des textes, ni par l'examen de discussions parlementaires des plus confuses, dont ces textes sont sortis.

La jurisprudence a passé en cette matière par deux phases successives. Dans la première, qui a eu son point culminant sous le Second Empire, il suffisait que l'acte ait été pris par le gouvernement dans un but politique pour que le Conseil d'Etat se déclare incompétent soit à en prononcer la nullité, soit à examiner si la responsabilité de l'Etat est engagée à son occasion. Les théoriciens se ralliaient à la même conception, en la justifiant par l'existence d'une fonction gouvernementale spéciale dans l'ensemble d'attributions de l'Exécutif, fonction ayant pour but de conserver l'unité politique du pays ou bien, dans une autre version — de donner l'impulsion générale au fonctionnement des rouages administratifs. Cette fonction devait échapper, par sa nature même, à toute immixtion de tribunaux administratifs, — les recours, intentés dans ces matières, étaient donc rejetés comme irrecevables. Après l'avènement du régime républicain en 1870, une nouvelle tendance a prévalu. Tout en conservant la notion d'acte de gouvernement et les effets juridiques qui s'y rattachaient précédemment, la jurispru-

dence et la doctrine, marchant toujours d'accord, ont élaboré une conception nouvelle, plus favorable au contrôle juridictionnel des autorités publiques. Tandis qu'auparavant les atteintes à la propriété d'immeubles, de rentes, de livres ont été proclamées inattaquables devant le Conseil d'Etat, parce que c'était l'intention politique qui les a suggérées (1), la conception nouvelle se rattache à un autre critérium, beaucoup plus précis. L'acte doit rentrer dans l'une des catégories, énumérées limitativement et considérées comme touchant, au plus haut degré, les intérêts vitaux de l'Etat. Les actes dictés par le désir de nuire aux adversaires du gouvernement ou par un caprice que les gouvernants qualifieraient de mobile politique, sont ainsi éliminés de cette conception nouvelle des actes du gouvernement (2).

(1) Parmi les espèces importantes qui ont été résolues dans le sens de la théorie ancienne, on peut citer, 1^{er} mai 1822, Laffitte, *Rec.*, p. 371-7 ; 5 déc. 1838, duchesse de Saint-Leu, *Rec.*, p. 644-6 et p. 647 ; 22 août 1844, prince Louis-Napoléon, *Rec.*, p. 508-9 ; 18 juin 1852, héritiers du roi Louis-Philippe I^{er}, *Rec.*, p. 252-8 ; 9 mai 1867, duc d'Aumale et Michel Lévy, *Rec.*, p. 472-6 avec les conclusions conformes de M. Léon Aucoc, p. 474-5, en note.

(2) « Dans ces affaires » (Usannaz-Joris et autres, du 23 et 25 mars 1889) a dit M. Chardenet dans ses conclusions sur l'arrêt Rouzier c. Carteron (du 25 mars 1911, *Rec.*, p. 398) — « les préfets agissant en vertu de l'art. 10 du C. d'instr. crim. avaient fait saisir des brochures du comte de Paris. Des actions en dommages-intérêts avaient été intentées contre eux devant les tribunaux judiciaires. Le conflit avait été élevé. On soutenait que l'acte de préfets avait un caractère de l'acte de Gouvernement, parce qu'il avait été accompli dans un but politique, sur l'ordre

La liste d'actes de cette nature n'est pas fixée dans la doctrine actuelle d'une façon indiscutable. Il y a des divergences d'opinion sur certaines matières, ce qui n'est pourtant pas de nature à compromettre toute la théorie, comme ses adversaires le prétendent, mais uniquement à provoquer les recherches nouvelles pour aboutir à mieux élucider l'objet de contestations. Celles-ci persistent surtout là, où il s'agit d'actes dont la nature juridique est incertaine, indépendamment de la question de savoir s'ils constituent ou non des actes de gouvernement (par exemple les décrets de grâce).

Les matières diplomatiques forment la source la plus

du ministre de l'Intérieur, qu'il avait été enfin contrôlé par les Chambres et approuvé par elles. Vous avez répondu que ces diverses circonstances ne sauraient donner à l'acte le caractère d'acte administratif ou d'acte de Gouvernement, et vous avez annulé l'arrêté de conflit. Aujourd'hui on nous parle de notre politique extérieure, du maintien de nos bonnes relations avec les puissances étrangères, dont le ministre des affaires étrangères est également responsable devant les Chambres. Mais un motif d'ordre diplomatique, donné pour refuser de célébrer un mariage à l'étranger ne peut point faire que le refus n'ait pas été opposé par l'agent diplomatique agissant dans l'exercice de ses fonctions d'officier de l'état civil... pas plus que le but essentiellement politique, poursuivi lors des saisies des brochures du comte de Paris, n'avait enlevé à l'acte des préfets le caractère d'un acte accompli pour eux dans l'exercice de leurs attributions de police judiciaire et n'avait fait échec au principe que l'autorité judiciaire était seule compétente pour apprécier la responsabilité des préfets ». V. sur cet arrêt important la note Hauriou, S., 1911, III, 105, et la note Jèze, *Revue du D. P.*, 1911, p. 663 et suiv.

abondante de la jurisprudence en cette matière : il s'agit ici de la protection des nationaux à l'étranger, des conséquences de traités internationaux ou bien des effets d'annexions et de protectorats, de l'expulsion des Français de pays de capitulations par l'ordre de consuls, etc. La jurisprudence se montre très large à laisser la main libre au Gouvernement, il lui suffit qu'il y ait un lien très lâche entre la question déferée au Conseil d'Etat et l'exercice d'un pouvoir de ce genre pour qu'elle se déclare incompétente (1) Les décisions relatives à l'armée en campagne s'y rattachent de même. (2). Les actes du Président de la République, relatifs au fonctionnement des Chambres

(1) V. sur ces matières les arrêts suivants : 21 juill. 1911, Saïd Ali ben Saïd Omar, *Rec.*, p. 847 ; 5 juill. 1907, Humblot, S., 1909, III, 14 ; 18 déc. 1891, Vandelet et Faraut (jeu de 36 bêtes), *Rec.*, p. 764 avec conclusions de M. Le Vavasseur de Précourt et la note Hauriou, S., 1893, III, 129 ; 28 févr. 1896, Rosat, *Rec.*, p. 203 ; 12 févr. 1904, consorts Bachatori, *Revue du D. P.*, 1904, p. 81 avec note Jèze ; 23 déc. 1904, Poujade, *Revue du D. P.*, 1905, p. 101 et 3 mars 1905, Mante et Borelli de Régis, *Revue du D. P.*, 1906, p. 688.

(2) 26 janv. 1913, Commandant Blot, *Rec.*, p. 98 et note Hauriou, S., 1913, III, 18. A côté du défaut d'intérêt d'un officier à revendiquer le tour de service qui revenait à son bataillon (raison que j'ai déjà réfutée précédemment), le caractère d'acte de Gouvernement a été opposé à ce recours par le ministre de la Guerre : « elle (la requête) est dirigée contre un ordre relatif à des opérations de guerre, ordre donné par le général haut-commissaire du gouvernement dans la région frontière marocaine, dans les limites du pouvoir de commandement... et il n'est pas susceptible par sa nature de faire objet d'un recours contentieux ». L'arrêt lui-même, quoique avec moins de netteté, s'est approprié cette considération.

(convocation, ajournement, dissolution, exercice de l'initiative législative et du pouvoir de demander un second examen de projets déjà votés) la déclaration de l'état de siège sont encore placés, dans l'opinion commune, dans cette catégorie.

La théorie des actes de gouvernement, généralement admise, a suscité pourtant des critiques graves. M. Michoud (1) lui a objecté d'être à la fois inutile et dangereuse. Il essaye d'expliquer l'irrecevabilité de tout recours juridictionnel dans les hypothèses qu'on ramène couramment à l'idée d'acte de gouvernement par des raisons, tirées de la théorie générale de recours contentieux (2). S'il en était ainsi, il vaudrait mieux se passer de cette théorie. Mais l'explication que l'auteur propose à sa place n'est guère admissible. S'il s'agit de pouvoirs du Président de la République vis-à-vis des Chambres (et M. Michoud ramène la déclaration d'état de siège à la même catégorie, parce qu'il y a en cette matière une collaboration obligatoire du chef d'Etat avec le Parlement), il n'y a pas de recours à raison du défaut d'une personne qui aurait un intérêt suffisant pour l'intenter. Cet argument, s'il pouvait être invoqué en 1889, est actuellement sans aucune valeur : si on étudie, en effet, la jurisprudence relative aux assemblées délibérantes locales, on voit qu'elle admet

(1) *Annales*, 1889, p. 314-331.

(2) Etude citée sur les actes de gouvernement, *passim*. L'auteur a maintenu cette opinion dans son ouvrage plus récent. — *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, 1913, p. 111 et 112.

comme recevables les recours contentieux formés contre les atteintes aux prérogatives de ces corps, soit par les assemblées elles-mêmes, soit par leurs membres pris isolément. M. Michoud indique comme une seconde raison dans le même sens — l'incompétence du Conseil d'Etat à statuer sur un litige entre une Chambre et le Président de la République, cette juridiction n'ayant pas été investie d'aucun pouvoir en matière constitutionnelle. Cette raison est tout à fait étrangère à la théorie générale de recours en droit public, — s'il s'agit d'attaquer l'acte d'un agent public, le caractère de cet agent peut encore avoir une certaine influence sur le régime du recours en question, mais la situation juridique du requérant importe peu en elle-même, il suffit que ce requérant soit touché directement par l'acte qu'il attaque.

Enfin, une troisième raison invoquée pour justifier l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir dans cette sphère — c'est un prétendu recours parallèle. Le pouvoir des Chambres de se réunir de plein droit dans certaines conditions et celui d'agir par des moyens de pression (qu'elles ont à leur disposition) sur l'Exécutif — que M. Michoud considère ici comme faisant obstacle au recours pour excès de pouvoir — ne sont pas des recours, c'est-à-dire des actions devant une autorité juridictionnelle. Les explications de l'irrecevabilité dans les autres hypothèses de cette catégorie ne sont pas plus satisfaisantes. Le danger, signalé par le même auteur, qui résulterait de ce qu'on élève (dans la théorie des actes de gouvernement) la

possibilité de ne pas tenir compte des règles de droit dans certaines hypothèses à la hauteur d'un principe juridique, peut être retrouvé dans ses propres observations (1), lorsqu'il affirme qu'il y a des situations difficiles, où les scrupules du juriste doivent céder devant la nécessité de salut public. Il est vrai que M. Michoud y ajoute une garantie : le vote d'un acte législatif, à la façon d'un bill of indemnity, qui couvrirait — *a posteriori* — les agents publics qui se sont rendus coupables d'illégalités. Mais la garantie d'une loi formelle et rétroactive n'a rien d'une garantie véritable pour les administrés. M. Doucet a voulu, à son tour, dans le thèse intéressante que j'ai citée précédemment, enfermer les actes de gouvernement dans un dilemme suivant : il faut assimiler cette catégorie d'actes aux actes du pouvoir discrétionnaire ou bien aux actes législatifs (2). Dans la première hypothèse, il faut leur appliquer le régime juridique des actes discrétionnaires : or, dit cet auteur (et cela est tout à fait conforme aux remarques que j'ai présentées dans le chapitre précédent sur le contrôle juridictionnel de ces actes), la jurisprudence récente du Conseil d'Etat a reconnu la compétence de ce corps à statuer sur la matière en question, donc cette solution devrait être étendue, en bonne logique, aux actes de gouvernement. Si on préfère assimiler les actes de gouvernement aux actes législatifs,

(1) *Annales*, 1889, p. 267-8.

(2) *Op. cit.*, p. 48-57.

parce qu'il y a dans les deux cas la même liberté d'action complète, dont jouit l'organe de l'État compétent, il faut soumettre les actes de gouvernement au régime juridique de règlements d'administration publique et de décrets coloniaux, puisque ces actes de nature législative ont, comme les actes de gouvernement, le Président de la République pour leur auteur. Le recours pour excès de pouvoir étant admis dans les années les plus récentes contre ces actes, il doit l'être aussi contre les actes de gouvernement. Ces assimilations proposées ne s'imposent pas du tout : c'est évident, si on remarque, en ce qui concerne la deuxième, que les actes de gouvernement sont individuels, tandis qu'il en est autrement des actes de nature législative ; en ce qui concerne le rapprochement fait avec les actes discrétionnaires, la parenté me paraît incontestable, mais l'auteur est forcé de reconnaître lui-même que la différence entre les deux catégories subsiste néanmoins. Il affirme bien qu'il n'y a là qu'une différence de degré, au point de vue de l'importance de ces actes pour la vie de l'État, mais, s'il en était même ainsi, cela nous interdirait déjà d'opérer, en théorie, une assimilation complète en ce qui concerne le régime juridique.

Cependant, je suis obligé de reconnaître qu'il y a quelque chose à retenir de ces doctrines critiques, et particulièrement de celle de M. Doucet. Si son argumentation n'est pas décisive au point de vue du droit positif, si l'on doit persister à croire que les actes de gouvernement, dans le sens traditionnel de cette expression, existent ac-

tuellement en France, il faut se préoccuper aussi de ce qui est désirable en cette matière, si l'on se place sur le terrain des garanties juridictionnelles les plus complètes à réaliser. Et cette deuxième attitude en face du problème s'impose d'autant plus qu'on n'est pas sur un terrain délimité par des règles légales, mais sur le terrain d'un droit jurisprudentiel, bien plus facilement modifiable.

M. Doucet, en substituant l'idée de force majeure à celle de l'acte de gouvernement, se prononce en faveur du contrôle juridictionnel en cette matière, sauf le rejet au fond du recours par le Conseil d'Etat, si on trouvera qu'il y a, en fait, un cas de force majeure dans l'espèce examinée (1). Sans vouloir me prononcer ici sur cette idée de force majeure, je constate que, particulièrement s'il s'agit de recours en indemnité, la solution proposée donne beaucoup plus de satisfaction à l'équité que la solution actuelle, qu'elle est donc à souhaiter. D'ailleurs, le recours en réparation pourrait n'être qu'une première phase d'une évolution plus importante encore, il créerait ainsi une atmosphère de droit autour des actes, contre lesquels le recours pour excès de pouvoir, serait, peut-être, déclaré recevable dans la suite. Il faut se rendre compte, cependant, que cette amélioration de l'état de choses existant se rattache à tout un changement profond des mœurs de la vie internationale et de la vie intérieure des Etats qui seul, peut rendre réalisable la suppression de portions, très considérables

(1) *Op. cit.*, p. 89-91.

encore, de l'arbitraire gouvernemental et administratif qui subsistent dans les interstices du régime de droit (1).

II

Les actes législatifs échappent en France à tout contrôle juridictionnel. Il en est de même pour les actes d'une autre nature juridique, mais qui émanent des Chambres, de l'une d'elles ou d'un de leurs organes (2). La constatation, qui s'impose uniquement comme un fait, reste discutable au point de vue théorique. S'il s'agit de lois formelles, c'est-à-dire de décisions individuelles qui ne se distinguent d'actes administratifs proprement dits que par l'autorité dont elles émanent, le contrôle juridictionnel s'impose au point de vue théorique. Il est impossible de justifier logiquement pourquoi la déclaration d'utilité publique faite par la voie législative, parce qu'elle précède un travail public particulièrement important, la décision relative à l'autorisation d'un emprunt local, le classement d'une place de guerre doivent échapper à tout recours juridictionnel ? Le fait de rendre inattaquables les actes pareils par un moyen juridique (et cela est vrai, *a fortiori*,

(1) V. un bilan assez détaillé des lacunes dans le droit public actuel de la France dans Jean Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, thèse de Paris, 1906, *passim*.

(2) G. Jèze, *op. cit.*, p. 207 à 229.

s'il s'agit d'actes parlementaires, émanant d'une seule Chambre, de son bureau ou de ses questeurs) ne peut être défendu en doctrine que si l'on avait un culte vraiment religieux des autorités parlementaires qui rendrait intangibles tous les actes provenant d'elles. Il est inutile de prouver ici qu'un culte pareil est en contradiction manifeste avec la réalisation du régime de droit. Si la solution est relativement simple sur ce point, après qu'on s'est débarrassé de l'idée de toute-puissance du Parlement, qui a exercé partout une influence très forte lors de la création du régime représentatif, il en est tout autrement, si l'on aborde les actes législatifs au sens matériel. Le problème devient ici très complexe et très grave par les répercussions politiques de la solution adoptée sur toute la vie de l'Etat (1). Il est d'abord évident qu'il est nécessaire de tenir compte, dans les solutions qu'on propose, de la psychologie politique d'un pays donné, et, comme M. Larnaude l'indique dans son étude citée en note, de la conception qu'on se fait dans ce pays du rôle respectif du législatif et du judiciaire. C'est la contingence nécessaire des institutions, juridiques suivant la diversité de situa-

(1) V. l'article « Pouvoirs et devoirs des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois », *Revue du D. P.*, 1912, p. 138 et suiv., et la communication de M. F. Larnaude à la Société de législation comparée sur « les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif » dans le *Bulletin* de cette société, 1901-1902, p. 175-229 et la discussion sur cet objet. p. 240-257.

tions et de tendances des différents Etats contemporains. Cependant, la solution qui rejette le contrôle de l'inconstitutionnalité des lois, que M. Larnaude propose uniquement pour la France, me paraît être justifiable par des raisons générales qui la rendent applicables à tous les Etats contemporains. Il faut d'abord se rendre compte du vague de principes qu'il y aurait lieu de préserver par le contrôle de constitutionnalité. L'interprétation varierait nécessairement d'un juge à l'autre. C'est l'argument qui a frappé un des défenseurs convaincus de l'introduction de l'examen de constitutionnalité de lois en France, M. R. Saleilles, qui a dit notamment : « Je n'ai pas perdu tout espoir de voir s'appliquer l'exception d'inconstitutionnalité en matière de droit individuel ; mais à une condition, à la condition d'en restreindre l'application à des droits, qui seraient, non seulement affirmés dans la Constitution, mais précisés dans leur existence, dans leurs contours juridiques et dans leurs conditions d'application » (1). Cependant, cet argument ne suffit pas à lui seul : il pourrait être opposé à l'extension du contrôle juridictionnel aux questions d'opportunité dans l'administration, où les formules des textes (si elles existent même) se caractérisent par un défaut de précision considérable, et pourtant j'ai admis précédemment que ce contrôle, réalisé déjà, dans une certaine mesure, dans la pratique française, est une chose

(1) Discussion à la Société de législation comparée sur la communication précitée de M. Larnaude, séance du 19 mars 1902, *Bulletin de la Société*, 1901-2, p. 246.

éminemment désirable. Il y a, en effet, une raison plus profonde et tout à fait décisive dans le sens du rejet de l'examen de constitutionnalité de lois. Elle est tirée de la nature même de l'acte législatif. Celui-ci étant une règle générale applicable à toutes les situations d'une catégorie déterminée, il est nécessaire qu'il soit adapté aux besoins sociaux qui l'ont fait naître. Etablir l'inadmissibilité des réformes législatives qui heurtent les principes, réputés fondamentaux dans un passé plus ou moins éloigné, c'est rendre impossible l'évolution normale des institutions juridiques du pays. Il est incontestable que les changements profonds dans la législation ne sont possibles que par voie révolutionnaire, où on sort de la légalité pour créer une légalité nouvelle ; admettre avec l'examen d'inconstitutionnalité des lois un nouvel obstacle à l'activité réformatrice du législateur, c'est donc rendre l'évolution continue et légale très difficile, même dans cet ordre de question, où elle n'est pas exclue par la nature des choses. Tout ce que je viens de dire n'est pas applicable à l'examen d'inconstitutionnalité de lois au point de vue des formes à observer dans leur élaboration. Le contrôle juridictionnel est admis sur ce point (par voie d'exception seulement) en droit positif français. Le danger que j'ai signalé précédemment n'existe que si on voulait étendre ce contrôle à l'inconstitutionnalité au fond, en établissant des dogmes intangibles dont les tribunaux devraient assurer la prééminence sur toute autre règle législative (1).

(1) Une manière tout à fait originale de réaliser le contrôle

III

Le problème de l'exécution par l'Administration des décisions juridictionnelles s'est posé en France gravement

juridictionnel de lois en France a été découverte par M. Hauriou dans sa note sur l'arrêt Tichit du 1^{er} mars 1912 (S., 1913, III, 137). Il s'agissait, dans l'espèce, de la révocation d'un agent des postes sans observation de l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905. M. Hauriou a repris, à cette occasion, son explication de l'arrêt Winkell (S., 1909, III, 151). Il disait alors que le Conseil d'Etat a reconnu la révocation comme valable, parce que la loi du 22 avril 1905, art. 65 serait inconstitutionnelle, si elle devait s'appliquer à l'hypothèse d'une grève. Dans la note sur l'arrêt Tichit, l'auteur explique qu'il ne s'agit pas, pour lui, d'une inconstitutionnalité formelle, impliquant l'existence de plusieurs catégories de lois, dont certaines doivent se conformer à d'autres, élaborées dans les formes plus solennelles, mais d'une inconstitutionnalité matérielle, résultant de ce qu'il y a un ordre à établir parmi les lois et que les lois spéciales par leur objet doivent être subordonnées aux lois générales. Dans l'espèce, l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905 doit être subordonné à la loi du 28 pluviôse an VIII, établissant le principe de la hiérarchie administrative. Il y a là, suivant M. Hauriou, une fonction de classification qui n'est point un obstacle apporté par les juridictions à l'exécution des lois, mais uniquement une opération intellectuelle, analogue au classement de livres dans un catalogue de bibliothèque. Cette conception particulière n'a pas le grand défaut de dresser « les principes immortels » contre toute innovation d'une certaine envergure, mais la base toute logique que M. Hauriou prétend assigner à cette théorie n'est pas sans défaut. Si une loi intervient qui règle d'une façon spéciale une catégorie de rapports juridiques — garanties des fonctionnaires

dans les années toutes récentes. C'est le développement particulièrement accéléré du contrôle juridictionnel de l'Administration qui a fait apparaître actuellement cette question avec cette acuité. La préoccupation vive de ce problème s'explique bien, si on aperçoit que l'impossibilité de ramener à l'exécution ce qui a été constaté comme étant de droit est de nature à compromettre toute la juridiction administrative. M. Joseph Barthélemy, l'auteur d'une étude récente sur cette question, l'a signalé en ces termes : « Bref, l'individu intéressé devra dépenser beaucoup de temps, beaucoup d'argent et parfois une somme considérable de persévérante énergie pour aboutir à une sanction très imparfaite d'une obligation de faire ou de ne pas faire à la charge des administrations publiques. Je me demande parfois si les théoriciens français de droit administratif ne se complaisent un peu trop dans l'*elegantia juris* de leurs conceptions, de façon à n'en pas voir les lacunes pratiques » (1).

menacés d'une mesure disciplinaire — qui a été déjà touchée, d'une façon incidente, par des règles posées pour une catégorie juridique beaucoup plus large — la hiérarchie des agents centralisés, — c'est, au contraire, cette loi spéciale, plus récente et mieux adaptée à la nature juridique de situations à régler, qui me paraît emporter sur la loi générale. Ou bien, pour répandre l'idée d'un autre côté, on n'aperçoit pas pourquoi il serait illégal, après avoir posé un principe juridique, d'y toucher ensuite par des tempéraments destinés à ramener la généralité de la règle aux limites dans lesquelles elle trouve son fondement dans la nature des choses (d'autant plus que ces tempéraments sont établis, eux aussi, comme règles générales) ?

(1) Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et sur son

La difficulté consiste en ce que l'obligation de payer une somme d'argent par l'Administration étant constatée, il n'existe pas de moyens d'exécution forcée. Non seulement la saisie des deniers publics n'est pas admise, mais les actes juridiques qui doivent précéder, suivant les règles de la comptabilité publique, le paiement d'une dépense de l'Etat — établissement d'un crédit destiné à cet objet et l'ordonnancement de la dépense — restent, eux aussi, à la discrétion des agents publics compétents. Et il en est de même, si c'est une obligation de faire qui résulte d'une décision juridictionnelle à la charge de l'Administration : les tribunaux administratifs ne peuvent pas ordonner aux fonctionnaires compétents l'accomplissement d'actes reconnus comme obligatoires dans l'espèce, et il n'est pas admis que les juridictions puissent se substituer aux agents négligents pour accomplir certains actes à leur place. On a signalé une amélioration dans cette voie par suite de l'introduction de la formule de renvoi devant l'administration pour faire ce qui est de droit, utilisée surtout en matière de repos hebdomadaire, mais cette phrase énergique n'est pas tout de même la garantie de l'exécution rapide de l'arrêt auquel elle est ajoutée (1).

exécution forcée dans le droit public, *Revue du D. P.*, 1912, p. 515.

(1) Note Hauriou sur l'arrêt Daraux du 26 juin 1908, S., 1909, III, 129 : « On objectera que, en prononçant le renvoi devant le ministre, le Cons. d'Etat dicte à celui-ci sa solution, puisqu'il constate le droit qu'a le réclamant à obtenir satisfaction. Mais il ne résulte de cette constatation qu'une déclaration du devoir du

Les auteurs dont l'attention a été attirée vers cette question n'ont pourtant fait autre chose que proposer l'amélioration des moyens juridiques déjà existants : annulation du refus illégal d'accomplir un acte administratif ou bien la responsabilité personnelle de l'agent qui viole la force de chose jugée (1).

Malgré ces moyens indirects qui peuvent atténuer le danger résultant de l'indépendance des administrateurs vis-à-vis des tribunaux, même administratifs, ce danger subsiste néanmoins. Pourtant ici, comme à propos d'actes

ministre, il n'en résulte pas une injonction... Une injonction est un ordre qui suppose et fait entrevoir une sanction. Le Cons. d'Etat n'adresse aucun ordre au ministre et ne dispose d'aucune sanction péremptoire... Donc, si le ministre obéit, c'est volontairement, il obéit à son devoir, parce que ce devoir lui a été clairement montré ». Il s'agissait ici de l'inscription d'office d'une dépense communale, mais la même appréciation de cette formule de renvoi a été déjà émise par M. Hauriou à propos de dérogations au repos hebdomadaire (note sur les arrêts Rage-Roblot et Denis, S., 1907, III, 19). V. — G. Jèze, *Verwaltungsrecht*, p. 404-8, avec quelques hypothèses où on admet que l'ordre peut être donné à l'Administration pour qu'elle accomplisse un acte obligatoire de sa fonction.

(1) Note Hauriou sur l'arrêt Fabrègues, S., 1911, III, 122 ; G. Jèze, *Cours de droit public*, p. 173-5 ; L. Duguit, Des moyens qui doivent appartenir aux administrés pour contraindre les administrateurs à se conformer aux décisions des juridictions administratives, *Journal du droit adm.*, 1913, p. 489 et suiv. M. Duguit voudrait perfectionner le fonctionnement de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, qui prend ici une importance toute particulière, en proposant d'attribuer la compétence au Cons. d'Etat, parce qu'il s'agit de difficultés relatives à l'exécution de ses jugements.

de gouvernement, c'est au changement des mœurs qu'il faut s'attacher surtout, parce que, en droit, on est déjà à la limite des garanties que le système français peut comporter. Il est impossible de s'avancer plus loin sans détruire la signification traditionnelle que la règle de séparation des autorités administrative et judiciaire a acquise en France. Et, même en dehors de cette règle purement française, on peut soutenir que la liberté d'initiative de l'Administration est quelque chose de nécessaire dans un mécanisme étatique développé (1).

On voit par les observations de ce chapitre que l'Administration, contre laquelle les garanties juridictionnelles du droit public ont été dirigées, n'est pas enfermée dans des limites si étroites qu'elle soit forcée d'agir d'une façon en quelque sorte automatique.

Si on rapproche la liberté, dont elle jouit à l'égard de décisions juridictionnelles, du pouvoir d'agir qu'elle possède sans être tenue d'obtenir au préalable un jugement, et même, dans certaines hypothèses, sans que son action directe soit prévue par un texte légal, on se rend compte de la spontanéité qui lui reste encore (2).

(1) Pour assurer des garanties aux administrés sans violer cette liberté de l'initiative administrative, on a imaginé, très ingénieusement, de substituer aux permissions adm. (que personne ne pourrait donner à la place des agents négligents) les déclarations, simples ou accompagnées d'un plan, qui, présentées par les intéressés, acquièrent, à défaut de refus d'approbation dans un délai fixé, une valeur légale. V. Hauriou, *Précis*, p. 388-390.

(2) Hauriou, *op. cit.*, p. 22-28 et p. 379-398. Sur la question de

l'exécution directe par la voie adm., conclusions de M. Romieu sur l'arrêt du 2 déc. 1902, Société immob. de Saint-Just c. préfet du Rhône, *Rec.*, p. 713, conclusions de M. Chardenet (sur l'arrêt du 12 mars 1909, Commune de Triconville), *S.*, 1909, III, 52 et conclusions de M. Blum, *Rec.*, 1911, p. 345-8.

CONCLUSION

L'idée qui se dégage à la fin de cette étude c'est la grandeur du rôle qu'ont pris les garanties juridictionnelles en droit public français. Les observations du dernier chapitre, consacré aux limites de leur extension, ne permettent pas de changer radicalement l'impression qu'on obtient de l'étude précédente, qui constate la pénétration profonde du contrôle juridictionnel dans tout le fonctionnement de l'administration française. Et cet état de choses est particulièrement frappant pour l'observateur qui, n'est pas habitué à connaître, dans son propre pays, des garanties, quelque peu sérieuses, du droit public. La Pologne, et particulièrement sa partie la plus importante qui se trouve sous la domination russe, est un pays où l'on apprend bien à apprécier les avantages du régime de droit qu'on trouve ailleurs. La réalisation de ce régime, complètement impossible dans un pays conquis et pourtant rebelle à son état de servitude, est conditionnée par un certain degré de développement politique intérieur.

M. Maxime Leroy a bien saisi cet enchaînement réciproque lorsqu'il a écrit (1) : « La fonction de la loi, naguère chargée d'assurer la liberté des citoyens, est passée en partie au Conseil d'Etat. Cette assemblée est désormais la « mère commune des citoyens », pour reprendre aux rédacteurs du Code la métaphore qui les rendait si respectueux de la loi. C'est elle, c'est ce corps administratif, qui est le surveillant du gouvernement... au lieu et place du droit de ne pas réélire les députés qui se sont mal acquittés de leurs fonctions, au lieu et place de droits de pétition, d'interpellation et du recours gracieux au ministre, est substitué le recours pour excès de pouvoir... Ces divers droits, auxquels l'inégalité économique des pouvoirs (le roi contre la nation) donnait un caractère combatif, exercés révolutionnairement, politiquement, coup d'Etat contre Révolution, autorité contre autorité, ont acquis aujourd'hui un caractère juridictionnel ; ils quittent les Assemblées politiques pour entrer dans les prétoires, parce qu'il y a égalisation démocratique. On plaide entre égaux : la démocratie a fait égaux les différents services chargés d'assurer le fonctionnement de la *res publica*... » Ces observations expriment dans un langage très vivant, cette vérité que les garanties juridictionnelles dépendent de l'état politique du pays, qu'elles exigent, pour leur développement, certaines conditions extrajuridiques, sans lesquelles il serait de pure utopie de compter sur leur efficacité.

(1) *La Loi*, 1908, p. 211-12.

C'est seulement sur le fondement de ces conditions politiques indispensables, qu'un effort spécial en vue d'assurer des garanties au droit public devient fécond, et alors il y a place pour l'action du juriste, nécessairement préoccupé, par la tournure de son esprit, de maintenir le respect le plus complet du Droit : « La jurisprudence doit tendre toujours vers l'absolu juridique ; elle doit de plus en plus soumettre l'Etat au droit et poursuivre cet idéal que les Italiens appellent *lo stato giuridico*, le Rechtsstaat des Allemands, c'est-à-dire la soumission de tous les actes étatiques à des règles fixes, rigides et communes » (1).

(1) J. Barthélemy, *Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, p. 196.

Vu, le président de la thèse,
GASTON JÈZE.

Vu le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — <i>Doctrines sur le fondement de la protection</i>	
<i>juridictionnelle</i>	7
I. Doctrines françaises (Barthélemy, Aucoc, Duguit) .	7
II. Doctrines allemandes (Tezner, Mayer, Jellinek) . .	13
III. Conclusions que cet examen des doctrines impose.	29
CHAPITRE II. — <i>Les principaux aspects des garanties juridic-</i>	
<i>tionnelles</i>	37
I. L'exception et le recours ; distinctions principales entre le recours de pleine juridiction et le recours pour excès de pouvoir (objet, pouvoir du juge, chose jugée)	37
II. La nature propre de chacun des recours	47
III. Les conditions de recevabilité fondamentales du recours pour excès de pouvoir (décision attaquable, intérêt, absence d'un recours parallèle).	59
CHAPITRE III. — <i>Légalité, fait, opportunité</i>	
I. Questions de légalité et questions de fait	85
II. Caractères des questions d'opportunité et leur sou- mission au contrôle juridictionnel	89
III. Examen de la jurisprudence	102
IV. Théorie du détournement de pouvoir	115

CHAPITRE IV. — Limites du contrôle juridictionnel des autorités publiques	126
I. Actes de gouvernement	127
II. Actes législatifs et parlementaires	137
III. Exécution par l'administration des décisions juridictionnelles	141
CONCLUSION.	147

